www.sapientia.uji.es | 164

Lecciones de derecho civil III

Derechos reales. Derecho inmobiliario registral

Federico Arnau Moya



Col·lecció «Sapientia», núm. 164

LECCIONES DE DERECHO CIVIL III

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

Federico Arnau Moya

Departament de Dret Privat

■ Codi de l'assignatura: DR1020



Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions
Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 12071 Castelló de la Plana
http://www.tenda.uji.es e-mail: publicacions@uji.es

Colección Sapientia 164
www.sapientia.uji.es
Primera edición, 2020

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164



Publicacions de la Universitat Jaume I es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional. www.une.es.



Este libro, de contenido científico, ha estado evaluado por personas expertas externas a la Universitat Jaume I, mediante el método denominado revisión por iguales, doble ciego.

ÍNDICE

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Primera parte
Derechos reales

Tema I. El derecho de cosas

1. EL DERECHO DE COSAS

1.1. Introducción

El derecho de cosas o su denominación en plural «derecho reales» es aquella parte del Derecho civil que tiene por objeto la resolución de conflictos de intereses entre personas que recaen sobre la titularidad, utilización o disfrute de los bienes patrimoniales. La expresión «Derecho de cosas», es más precisa que la de «derechos reales», ya que esta última solo hace referencia a aquellas situaciones de poder sobre las cosas inherentes al derecho de propiedad en sentido estricto (dominio pleno) y a los demás derechos reales (*iura in re aliena*), pero se dejan fuera aquellas situaciones de poder sobre las cosas que, como la posesión, no implican en principio la existencia de un derecho a favor del sujeto que ostenta el poder (Lalaguna).

Etimológicamente derecho «real» proviene del latín *res*, que significa 'cosa'. La expresión Derecho patrimonial no puede utilizarse como sinónimo de derecho de cosas, puesto que es para la mayoría de la doctrina una categoría superior que incorpora indistintamente a derechos reales y de crédito; el término derecho de bienes también se utiliza por la doctrina como sinónimo de derecho patrimonial.

El derecho de cosas gira alrededor del concepto de derecho real, que no aparece definido en el Código Civil, aún a pesar de utilizar reiteradamente la expresión derecho real, como en los artículos 334, 384, 605, 606, 1927, etc. (Díez-Picazo y Gullón). El derecho real es definido por O'Callaghan como el «poder, otorgado por el ordenamiento jurídico, inmediato y absoluto sobre una cosa, que implica en su titular un señorío pleno o parcial sobre la misma».

1.2. Teorías sobre el concepto de derecho real

Para llegar a un concepto de derecho real se han utilizado infinidad de teorías:

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

a) Teoría clásica que fue defendida por Ruggiero, el cual consideraba que el derecho real supone siempre una relación inmediata entre la persona y la cosa o, lo que es lo mismo, una potestad directa sobre la cosa sin necesidad de intervención de persona alguna. De este concepto clásico se derivó el carácter fundamental del derecho real, el de la inmediatividad; pero habiéndose observado que determinados derechos reales, como el de la hipoteca, carecían de este carácter se intentó por la doctrina sustituir el mismo por el de la inherencia (tesis de Giorgiani).

b) Teoría personalista u obligacionista que niega la existencia de relaciones entre las personas y las cosas, de modo que estima que las relaciones jurídicas solo pueden tener lugar entre personas, un sujeto activo y un sujeto pasivo, así pues el derecho real se contempla desde el punto de vista negativo, como de abstención u obligación pasiva que impone a todo el mundo el deber de respetarlo y que genera el carácter de derecho absoluto que puede imponerse frente a todos (*erga omnes*).

c) Teorías eclécticas que han intentado armonizar las anteriores, atribuyéndole al derecho real caracteres de ser una relación de un sujeto con la cosa y de una obligación de contenido negativo que tienen los extraños al derecho de no invadir aquella relación directa entre sujeto y cosa.

1.3. Fuentes

La regulación de los derechos reales se halla bastante dispersa en nuestro ordenamiento jurídico, así pues, podemos encontrarlos en:

a) *El Código Civil*. El Código regula los derechos reales en el libro segundo («De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones») y los derechos personales, de obligación o de crédito en el libro cuarto («De las obligaciones y contratos»); si bien algunas instituciones que pertenecen al grupo de los derechos reales, como la *ocupación* se hallan en el libro tercero («De los diferentes modos de adquirir la propiedad») y otras como las figuras de los *censos y los derechos reales de garantía,* en el cuarto. El Código Civil queda, en palabras de Puig Brutau, como *cuerpo de derecho común o general* referente a los derechos reales, pudiendo afirmarse que contiene el núcleo principal de esta parte del Derecho.

b) *Las leyes especiales.* Fuera del Código numerosas leyes especiales se refieren a los derechos reales: la Ley de Enjuiciamiento Civil (defensa de la posesión mediante los antiguos interdictos posesorios), la Ley Hipotecaria (texto refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto 8 febrero 1946) y su Reglamento (aprobado por Decreto 14 febrero 1947), Ley 16 diciembre 1954 de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento; la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por RDleg 1/1996, de 12 abril.

También hay que tener en cuenta una serie de normas de Derecho público como las leyes siguientes: de Expropiación Forzosa (Ley de 16 diciembre

1954), del Suelo y Rehabilitación Urbana (texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), de Aguas (texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001), de Montes (Ley 43/2003, de 28 abril, de 21 noviembre), de Minas (Ley 22/1973, de 21 de julio) y de Hidrocarburos (Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos).

c) *La Constitución española.* En la CE la principal referencia al derecho de cosas se encuentra en el artículo 33: «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

1.4. Posición sistemática del derecho de cosas dentro del Derecho civil

El profesor Díez-Picazo es el autor de la original construcción de un nuevo plan del Derecho civil, que unifica bajo la denominación de Derecho patrimonial lo que en el plan alemán o de Savigny, constituían por separado los «Derechos reales» y el «Derecho de obligaciones y contratos», para ello argumenta que el Derecho de cosas y el de obligaciones no son compartimentos estancos de la disciplina normativa de la vida económica, ni siquiera son sectores autónomos o independientes, sino que son porciones o fragmentos de una unidad superior llamada Derecho patrimonial; entendiéndose por Derecho patrimonial aquella parte del Derecho civil que se dedica al estudio pormenorizado de cada uno de los elementos del patrimonio de la persona. Así pues, el Derecho civil quedaría dividido en instituciones civiles no patrimoniales (derechos de la personalidad, derecho de familia) e instituciones civiles patrimoniales (todas las que afectan al derecho de obligaciones, reales o sucesorios).

2. LA DISTINCIÓN ENTRE RELACIONES REALES Y RELACIONES OBLIGATORIAS

2.1. Derechos reales y relaciones obligatorias

Los derechos reales y los derechos de crédito forman las dos grandes ramas de los derechos patrimoniales; las principales diferencias entre ambos tipos de relaciones jurídicas, son las siguientes:

1.º Por razón de los sujetos. En el *derecho real* interviene solo un sujeto activo individual determinado y un sujeto pasivo colectivo indeterminado; mientras que en el *derecho de obligación*, el sujeto pasivo está individualmente determinado, constituido por el deudor o deudores (Castán).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.º *Por razón del objeto.* El objeto del derecho real es generalmente una cosa corporal, específica y determinada, mientras que el derecho de crédito tiene siempre por objeto una prestación, la conducta del autor, que según el artículo 1088 CC «consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa».

3.º *Por razón del poder que atribuyen a su titular.* El derecho real implica un poder sobre una cosa; el derecho de crédito, un poder o una facultad contra la persona del deudor, para exigirle una prestación de dar, de hacer o no hacer. Los derechos reales son derechos de exclusión, pues su función se reduce a conceder al titular el poder de no ser perturbado por nadie en el desenvolvimiento de su libre actividad con la cosa. Los derechos de crédito son derechos de unión, que sirven a la cooperación social (Castán).

4.º *Por su eficacia.* El derecho real es el prototipo de los derechos absolutos porque puede ejercitarse y hacerse efectivo frente a todos (*erga omnes*). El derecho de crédito es el típico derecho relativo, porque solo puede exigirse a las personas que integran la relación jurídica obligatoria (Blasco Gascó). De modo que el derecho de crédito solo puede hacerse efectivo frente a la persona del deudor y de sus herederos (principio de la relatividad contractual, art. 1257 CC).

5.º *Por la distinta importancia que la voluntad y la ley tienen en su ordenamiento.* Los derechos de crédito pueden nacer bajo las más variadas formas y se rigen por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Los derechos reales, por el contrario, toman su configuración de la ley (dejando a salvo la polémica del *numerus apertus* o *clausus*).

6.º *Por los modos de originarse.* Los derechos de crédito nacen simplemente del contrato o título. Los derechos reales precisan para constituirse, además del título, de un acto ostensible de transmisión de la posesión que se llama *modo o tradición.* Los derechos reales además pueden adquirirse por prescripción adquisitiva o usucapión, cosa que no sucede a los derechos de crédito por no ser susceptibles de posesión (Blasco Gascó).

7.º *Por su duración y causas de extinción.* El derecho real tiene por lo general naturaleza perpetua, se confirma y consolida por su ejercicio, si bien por recaer sobre cosa determinada se extingue cuando desaparece esta. El derecho personal tiene naturaleza transitoria, su ejercicio lo extingue, porque una vez satisfecha la prestación por el deudor desaparece la finalidad del vínculo jurídico.

8.º *Por su protección registral.* Los derechos reales están amparados por el Registro de la Propiedad, y por lo tanto son inscribibles en el mismo. Por el contrario, los derechos personales no son inscribibles. No obstante, esta afirmación no es absoluta, puesto que hay *derechos reales que no son inscribibles* (ej., la posesión, las servidumbres legales y el derecho de retracto legal). Y también hay *derechos no reales que son inscribibles*: los contratos de arrendamiento y de opción, las resoluciones judiciales de incapacitación, las prohibiciones de disponer, las anotaciones preventivas en sus varios tipos y las llamadas reservas autenticadas.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.2. Situaciones intermedias entre los derechos reales y de crédito

El derecho real, en virtud del principio de la inmediatividad, no necesita ningún tipo de colaboración de otras personas. El sujeto pasivo del derecho real se encuentra colocado en una posición de pura sujeción (*pati*), en la cual solamente tiene que limitarse a tolerar los actos legítimos del titular del derecho. Si fuese necesario para la efectividad del derecho la colaboración positiva, mediante la realización de una prestación, del sujeto pasivo del derecho, nos encontraríamos ante un derecho de crédito. Esta regla general presenta una serie de excepciones, de modo que podemos encontrar los siguientes supuestos de figuras intermedias entre derechos reales y de crédito (Díez-Picazo).

a) El *ius ad rem* es una situación jurídica en la que se encuentra una persona que tiene un título que le da derecho para adquirir una cosa, aunque todavía no la ha adquirido mediante la necesaria toma de posesión formal de la misma; se considera un derecho más fuerte que el de crédito pero más débil que el real (O'Callaghan). El *ius ad rem* no implica potestad inmediata sobre la cosa, pero atribuye mayor poder sobre ella que la obligación, ya que puede convertirse en derecho real bajo determinados presupuestos (Castán). Ej.: el supuesto de un comprador que tiene preferencia en el caso de una doble venta del artículo 1473 CC sobre el otro comprador a quien el vendedor le ha entregado la cosa. En el caso de inmuebles «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando esta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

b) Las «vocaciones al derecho real» son aquellos supuestos en que para la perfecta constitución de un derecho real inmobiliario —por ejemplo, la hipoteca— se exige su inscripción en el Registro de la Propiedad. En el período de tiempo que media entre la realización del contrato y la inscripción, todavía no puede hablarse de un verdadero derecho real, pero sí de un «derecho real» en vías de inscripción que puede ser protegido mediante un especial asiento registral como la anotación preventiva que opera como una preinscripción (O'Callaghan). De ahí que se diga que existe una vocación o llamada al derecho real.

c) Los derechos reales *in faciendo.* El derecho real supone para toda la comunidad el deber pasivo o de abstención respecto del mismo. Sin embargo, existe una categoría de derechos reales, los llamados derechos reales *in faciendo*, que otorgan a su titular el derecho de obtener una conducta positiva, —hacer o dar— del titular de la cosa gravada. El supuesto más común son las cargas reales (Castán).

Ej.: el caso del artículo 533 CC. Las servidumbres positivas pueden imponer al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo por sí mismo, como sería el caso de quien tiene que soportar una servidumbre de paso y al mismo tiempo tiene la obligación de reparar el camino, o en el caso de aquellos gravámenes (art. 1604) (censos o enfiteusis) que imponen al poseedor de la finca a pagar un canon o prestación periódica.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

d) Las obligaciones *propter rem* son obligaciones en sentido estricto, que se constituyen en función de quien sea el titular de un derecho real sobre una cosa (O'Callaghan). La obligación estará a cargo de quien en un determinado momento sea el propietario o poseedor. Dos supuestos de este tipo de obligaciones son las formas de responsabilidad que se conectan con la propiedad de una cosa (arts. 1906, 1907 y 1908 CC), así como las obligaciones que surgen en las situaciones de comunidad o de propiedad horizontal, como las de contribuir a los gastos de la cosa común ex artículo 395 CC o la obligación que se impone al dueño de un piso o local de contribuir a los gastos generales del inmueble en proporción a su cuota de participación (art. 9.1.e LPH).

3. CARACTERES ESENCIALES DEL DERECHO REAL

La doctrina clásica ha definido el derecho real como un poder directo e inmediato de su titular sobre la cosa (Blasco Gascó). El derecho real, como todo *derecho subjetivo*, está integrado por una serie de facultades que el ordenamiento jurídico atribuye a su titular. Son características comunes a la mayoría de los derechos reales (Díez-Picazo y Gullón):

1.º *El principio de la inmediatividad.* Consiste en que el poder que tiene el titular del derecho real sobre la cosa es inmediato, sin necesidad de la mediación o colaboración de otra persona para el ejercicio del derecho (Díez-Picazo). Ej.: el titular de una servidumbre de paso puede pasar por la finca gravada con la servidumbre sin que tenga que recabar la colaboración del dueño cada vez que la utiliza.

2.º *La facultad de exclusión.* Esta facultad tiene dos aspectos, uno preventivo y otro represivo: el primero supone que el titular del derecho puede poner la cosa en tales condiciones que evite la intromisión de terceros (ej.: el propietario de un solar puede vallarlo, art. 388 CC); el aspecto represivo supone que el ordenamiento otorga al titular del derecho real una serie de medidas para poner fin a la perturbación del derecho real (ej.: la acción reivindicatoria para defender la propiedad y las acciones posesorias para defender la posesión).

3.º *La absolutividad.* El derecho no solamente se hace efectivo frente a un único titular pasivo concreto y determinado, sino frente a cualquier persona que en un momento determinado pueda encontrarse en relación o en contacto con la cosa, por ello se dice que el derecho real es oponible *erga omnes* (frente a todos) (Díez-Picazo).

4.º *Facultad de persecución (reipersecución).* Consiste en la posibilidad legalmente protegida que tiene el titular del derecho de perseguir o ir en busca de la cosa donde quiera que esté o quienquiera que sea la persona que la detente.

5.º *Facultad de disposición.* Es la posibilidad que tiene un titular de enajenar, ceder o transferir su derecho a terceros; o incluso de gravarlo a su vez con

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

otros derechos reales (Díez-Picazo y Gullón). Ej.: la posibilidad que tiene el propietario de una finca de gravarla con un usufructo o de extinguirlo con una renuncia.

6.º *Facultad de preferencia o prioridad.* Consiste en que entre varios derechos reales concedidos por un mismo titular, de la misma naturaleza e incompatibles entre sí, el adquirido anteriormente prevalece y excluye al posterior (*prior tempore, potior iure*). Ej.: en el caso de la doble venta ex artículo 1473 CC se reconoce como propietario al primero que inscriba en el Registro de la Propiedad.

4. ELEMENTOS PERSONALES Y REALES

4.1. Sujetos

El titular de un derecho real puede ser una persona física o jurídica, esta última posibilidad se reconoce en el artículo 38 CC al establecer que estas «pueden adquirir y poseer bienes de todas clases». El sujeto puede estar determinado individualmente sobre una persona concreta, hablándose en este caso de *derechos reales subjetivamente personales*, como sucede con el derecho de propiedad o de las denominadas servidumbres personales. También puede corresponder el derecho a quien en cada momento sea propietario de una cosa, en este caso nos encontramos con los *derechos subjetivamente reales* (este el caso de las servidumbres prediales, los derechos de adquisición preferente, tanteo o retracto, cuyo titular será el propietario del fundo colindante) (O'Callaghan).

También pueden concurrir varios titulares de derechos reales sobre una única cosa, como sucede con los derechos reales limitados. Así, en el usufructo concurre el nudo derecho de propiedad y el usufructuario, o en las servidumbres, el propietario y el titular de la servidumbre.

Finalmente, está el caso de que varios titulares concurran sobre un mismo derecho real como sucede con la comunidad.

El deber de abstención y respeto de todos frente al derecho real de un sujeto (eficacia *erga omnes*) no supone que el conjunto de la sociedad sea titular o sujeto pasivo de un derecho real, sino la existencia de un deber para aquellos (O'Callaghan).

4.2. Objeto

El objeto del derecho real es la cosa, puesto que el derecho real supone un poder directo, inmediato y absoluto sobre una cosa. Lo que constituye la principal diferencia con el derecho de obligación en el que su objeto lo constituye la prestación (de dar, hacer o no hacer) o conducta del deudor.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

5. CLASES DE DERECHOS REALES

La doctrina realiza la siguiente clasificación de los derechos reales (Castán):

a) Sobre bienes inmateriales como la propiedad intelectual y la propiedad industrial y sobre bienes materiales.
b) Derechos reales provisionales, como es el caso de la *posesión* y de definitivos como el *dominio o propiedad* y los *derechos reales en cosa ajena.*

Dentro de los derechos reales en cosa ajena o limitativos del dominio se distinguen los siguientes grupos:

1) Derechos reales de goce o disposición o disfrute. Los derechos de goce se constituyen sobre la base del dominio pleno, atribuyendo a otra persona alguna o varias de las facultades de goce o disfrute que lo integran y que permiten gozar, disfrutar, utilizar o aprovecharse de la cosa ajena: *usufructo, uso y habitación, servidumbres, censos, enfiteusis y el derecho de superficie.*
2) Derechos reales de garantía. Es el poder otorgado sobre una cosa ajena para garantizar el cumplimiento de una obligación, de forma que si se incumple una obligación, la cosa objeto de este derecho podrá ser vendida: *prenda, hipoteca y anticresis.* Asimismo, habría que incluir los derechos de *hipoteca mobiliaria* y *prenda sin desplazamiento*.
3) Derechos reales de adquisición preferente: son los que atribuyen la facultad de adquirir una cosa determinada con preferencia a terceras personas: *tanteo, retracto y opción.*

6. EL PROBLEMA DE LA LIBRE CREACIÓN DE DERECHOS REALES

Un problema que se presenta en nuestro derecho positivo es el de si los derechos reales reconocidos por el mismo constituyen una lista cerrada (*numerus clausus*) o si, por el contrario, cabe la posibilidad de que los particulares puedan crear nuevos tipos de derechos reales (*numerus apertus*).

- La teoría del *numerus clausus* tiene su origen en el Derecho romano, donde el número de los derechos reales era cerrado: no hay más derechos que los regulados por la ley; de modo que los particulares no pueden crear, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, nuevos tipos de derechos reales. Los defensores de esta teoría alegan que el restringir el número de derechos reales evita la aglomeración de clases, lo cual sirve a los intereses de la «seguridad jurídica» y la claridad (Lacruz). Hay códigos civiles como el argentino que prohíben expresamente la creación de nuevos derechos reales (art. 1884). Código Civil y Comercial de la Nación argentina.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

- Teoría del *numerus apertus*, cuyo origen está en el Derecho germánico. Según la cual la voluntad de los sujetos puede crear a su arbitrio nuevos tipos de derechos reales. Alegan para ello que la actividad legislativa va siempre por detrás de la vida real y de las necesidades actuales de los sujetos. Sus partidarios argumentan a su favor:

  1.º En que es posible crear nuevos derechos reales por aplicación del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).
  2.º En lo establecido en el art. 2-2.º de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), que establece que son inscribibles los derechos de «usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera derechos reales».
  3.º En el art. 7.º del Reglamento Hipotecario (en adelante RH) que aclara el alcance del art. 2.2.º diciendo que «no solo serán inscribibles los títulos en que se declare, constituya o reconozca, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho modifique desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles inherentes a derechos reales».

La doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante DGRN), si bien autoriza el *numerus apertus*, sin embargo, adopta un criterio restrictivo respecto de la elaboración de derechos reales por los particulares, su orientación se resume en que:

1.º No se autoriza la creación de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real.
2.º La ley permite crear otros derechos reales de igual naturaleza a los enumerados por la ley y modificar los existentes.
3.º El nuevo derecho real o la modificación del existente deberá contar con los requisitos de fondo y forma que se impone a todo derecho real, para que tenga las características externas y aparentes para que:

   a) los hagan trascendentes a aquellas terceras personas que no participaron en el negocio de su creación,
   b) que puedan ser inscribibles en el Registro de la Propiedad.

La RDGRN 5 diciembre 2002 (RJ 2003\1181) establece: «La doctrina, la jurisprudencia y las resoluciones de este Centro Directivo son mayoritariamente conformes en que en nuestro derecho rige el sistema de *numerus apertus*, es decir, que para constituir un derecho como real no es preciso que el mismo esté tipificado legalmente, sino que basta con la voluntad de los interesados y que el derecho constituido tenga los caracteres de tal derecho. Esta posibilidad de *numerus apertus* es más palpable en materia de servidumbres, donde aparece

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

claramente establecida en los artículos 536 y 594 del Código Civil, que sobre la base del principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del mismo cuerpo legal, autoriza la constitución de servidumbres siempre que no se contradiga la Ley ni el orden público, lo que no sucede en este caso, en que las servidumbres constituidas son consecuencia de relaciones económicas generadas por la realidad».

7. CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES

7.1. Los bienes y las cosas

El concepto de bien recibe en el lenguaje jurídico un significado muy amplio, como sinónimo de toda realidad corporal o ideal que puede proporcionar una utilidad o contribuir a la satisfacción de una necesidad. Los bienes pueden ser cosas corporales o incorporales susceptibles de transacción (Montés 1980). Ej.: propiedad intelectual, industrial, etc.

En el Código Civil no hay una clara distinción entre cosas y bienes. La doctrina sí que establece una diferenciación, estimando que una cosa será un bien cuando cumpla una serie de requisitos (Montés 1980):

a) Que sea susceptible de apropiación (art. 333 CC): «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles». Esta cualidad se refiere a que la cosa pueda ser sometida a la voluntad del hombre, lo que significa que la cosa solo será un bien cuando pueda producir alguna utilidad. Para ello, la cosa ha de ser algo susceptible de dominación patrimonial o señorío económico.

b) Que tenga una valoración económica, por lo que no se integrarán en el patrimonio los bienes que no pueden ser objeto de valoración como los derechos de la personalidad (vida, honor, imagen, etc.).

7.2. Clases de bienes

En el Código Civil aparecen las siguientes categorías de bienes:

a) Bienes fuera del comercio y cosas dentro del comercio (*res extra* o *intra comercium*)
Normalmente hay confusión entre cosas fuera del comercio y cosas de tráfico prohibido o restringido, las primeras están absolutamente fuera del tráfico patrimonial y no pueden integrar el patrimonio de ninguna persona. Las segundas, aunque su tráfico está prohibido, sin embargo están dentro del patrimonio de alguna persona (ej.: derecho de uso y habitación). Las de tráfico restringido como las armas se pueden transmitir siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la ley (Sánchez Calero).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

b) Bienes de dominio público y de dominio privado

Esta distinción aparece recogida en el artículo 338 CC según el cual los bienes son de «dominio público o de propiedad privada». En el artículo 339 CC se determina que son bienes de dominio público los que perteneciendo al Estado o entidades públicas están destinados al uso público (caminos, canales, ríos, etc.) o a un servicio público. Los bienes que pertenecen al Estado también pueden tener carácter privado cuando no estén englobados en ninguna de las anteriores categorías (art. 340 CC); a estos bienes se les denomina patrimoniales (art. 343 CC).

Los bienes de propiedad privada son aquellos que pertenecen a los particulares, individual o colectivamente, así como los bienes patrimoniales del Estado, la provincia y el municipio (art. 345 CC), a los que hay que añadir los patrimoniales de las comunidades autónomas. Todos los bienes de propiedad privada se regulan por el Código Civil, incluidos los patrimoniales, salvo, respecto a estos últimos, lo dispuesto en la leyes especiales (art. 344 CC). En realidad, la regla general es que las leyes especiales regulan estos bienes patrimoniales, y apenas hay margen para el derecho privado, que ha quedado relegado a la categoría de derecho supletorio de segundo grado, que se aplicará en defecto de las normas de derecho administrativo que se aplicarán como derecho supletorio de primer grado (art. 7).

El régimen jurídico de los bienes y derechos públicos se encuentra regulado en el ámbito administrativo por la Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP), por diversas leyes autonómicas y por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (se aplicará supletoriamente para el caso de que alguna comunidad autónoma no haya legislado al respecto). La LPAP clasifica los bienes de las administraciones públicas, en atención a su régimen jurídico, en bienes de «dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales» (art. 4). Son bienes y derechos de dominio público o demaniales los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales (art. 5.1 LPAP), así como los mencionados en el artículo 132 CE como la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, y los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público.

Los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado se aplicarán como derecho supletorio (art. 5.4 LPAP). Respecto de los bienes y derechos patrimoniales, su régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación será el previsto en esta ley y

en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico (art. 7.3 LPAP). Lo que supone que el Derecho civil se ha convertido en un derecho supletorio de segundo grado respecto de los bienes patrimoniales.

Son bienes y derechos patrimoniales los que, siendo de titularidad de las administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales (art. 7 LPAP). Los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público (art. 69 LPAP). La desafectación se realizará de forma expresa por el Ministerio de Hacienda de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 LPAP.

El Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, también clasifica los bienes de aquellas entidades en «bienes de dominio público y patrimoniales» (art. 2). A su vez, dentro de los bienes de dominio público establece la categoría de los «bienes comunales», que son aquellos bienes que siendo de dominio público, su aprovechamiento corresponde al común de los vecinos (art. 2.3).

c) Bienes muebles e inmuebles

En principio esta distinción no se aplica más que a las cosas corporales o materiales respecto de las que puede existir un derecho real. El criterio utilizado tradicionalmente por la doctrina ha sido el de que son bienes muebles aquellos que son susceptibles de desplazamiento, de traslado de un lugar a otro. Los bienes inmuebles son los que no pueden ser objeto de traslado puesto que se encuentran fijos al suelo (Montés 1980).

Normalmente los bienes inmuebles son los de gran tamaño y valor, por el contrario los muebles son de pequeño tamaño y de menor valor, se incluyen dentro de este concepto el dinero y las alhajas. Esta tradicional distinción entre muebles e inmuebles ha ido modificándose de manera que determinados muebles reciben la misma consideración que los inmuebles (aviones y buques pueden hipotecarse), con lo que el criterio de distinción está en relación no tanto en su no movilidad como en su fácil identificación (Montés 1980).

La diferencia entre muebles e inmuebles comporta una serie de consecuencias en relación con el régimen de tenencia, disfrute, transmisión y garantías que pueden constituirse sobre tales bienes (Montés 1980).

C.1. Los bienes inmuebles. El Código Civil dedica un único artículo, el 334, a los bienes inmuebles en el que se limita a enumerar qué bienes tienen la condición de inmuebles. La doctrina clasifica los bienes inmuebles contemplados en el anterior precepto en cuatro grupos (Clavería 1991).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

a) Inmuebles por naturaleza: a este grupo pertenece el suelo, mencionado como «tierras» en los apartados 1.º (*tierras*) y 8.º (*minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento y las aguas vivas o estancadas*) del citado precepto.

b) Inmuebles por incorporación: a este grupo pertenecen los bienes mencionados en el resto del n.º 1 (*edificios, caminos y construcciones adheridas al suelo*) y en los apartados 2.º (*árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble*) y 3.º (*todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto*) del artículo 334. Se trata de objetos adheridos de modo fijo al suelo, de modo que más que bienes son partes integrantes de bienes, su condición de inmuebles dura desde su incorporación efectiva y dura hasta su separación.

c) Inmuebles por destino: a este grupo pertenecen los objetos mencionados en los apartados 4.º (*estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo*), 5.º (*máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de la explotación misma*), 6.º (*viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente*), 7.º (*abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse*) y 9.º (*diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa*), se trata de muebles por naturaleza pero que por haber sido destinados por su propietario o titular al servicio de un inmueble reciben, a ciertos efectos, tratamiento jurídico de bien inmueble y siguen al inmuebles en los negocios en que este ve afectado.

d) Inmuebles por analogía: a este grupo pertenecen las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, todas estas figuras aparecen contempladas en el n.º 10 del artículo 334 (*las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*) y se asimilan a los inmuebles a los efectos de aplicación de su régimen jurídico, aunque son bienes de naturaleza incorporal o derechos.

El Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, dedica varios preceptos (arts. 6 a 8) a definir lo que son bienes inmuebles a efectos catastrales.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

C. 2. Los bienes muebles

El Código Civil dedica tres preceptos a los bienes muebles. En el artículo 335 CC se definen estos bienes: «Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos». En este precepto se combinan dos criterios, el de la movilidad y el de su carácter residual en relación con al artículo 334 CC (Montés 1980). Así pues, son bienes muebles todos aquellos bienes apropiables que no menciona el artículo 334, sean corporales o incorporales (como los fluidos y las energías, o la propiedad industrial o intelectual, acciones, participaciones en empresas, etc.) (Clavería 1991).

En el artículo 336 CC se establece que también tienen la consideración de muebles «las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios». Los muebles pueden ser fungibles o no fungibles; en el primer caso no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás (art. 337 CC).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 2. La posesión

1. CONCEPTO

El Código Civil se ocupa de esta figura en el título V del libro II bajo el epígrafe «De la posesión» (arts. 430 a 466). El concepto de la posesión es de los que más polémica ha generado entre la doctrina y sobre el que más diferentes opiniones existen; el establecimiento de un concepto unitario es harto complejo, puesto que en la posesión se contemplan situaciones distintas entre sí, lo que dificulta que se pueda hablar de una posesión abstracta en vez de distintas clases de posesión, que será en nombre propio o ajeno, en concepto o no de titular, de buena o mala fe, etc. (O'Callaghan). *Poseer*, tanto en el lenguaje técnico como vulgar, significa «tener»; pero en el lenguaje coloquial incluso se llega a identificar la posesión con la propiedad, lo que es inexacto desde un punto de vista técnico-jurídico (Lasarte). No es lo mismo pasear con una bicicleta que se ha encontrado en una acera (de la que no se es propietario), que hacer lo mismo con la propia. Sin embargo, en ambos supuestos hay un contacto físico, una posesión de la cosa. En el primer caso se trata de una mera detentación sin trascendencia jurídica y en el segundo, se trata de una posesión en concepto de dueño.

El diccionario de la RAE (22.ª ed.) ofrece dos acepciones de la voz *poseer*, en la primera referida al lenguaje normal se dice: «Dicho de una persona: Tener en su poder algo». En la segunda, de carácter jurídico, dice: «Tener una cosa o ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella».

La *posesión* ha sido definida como una «apariencia jurídica de titularidad jurídica real», como un equivalente jurídico interino, provisional, de la misma. Es signo, imagen o visibilidad puramente exterior de un derecho real, como su reflejo o brillo, con independencia de si se tiene o no (Jordano Barea). Incluso se ha utilizado la metáfora de comparar la institución de la posesión con la cara visible una moneda; de modo que el ordenamiento jurídico al contemplar la posesión, centraría su atención en el lado visible, siéndole indiferente si la moneda en su reverso muestra un derecho o si por el contrario se halla en blanco por carecer de derecho (Díez-Picazo y Gullón 2016a). Continuando con las metáforas podríamos decir que actúa de modo similar al humo que por lo general indica la existencia de fuego, aunque en ocasiones puede haber humo sin que el fuego todavía se haya iniciado.

La posesión representa una apariencia de poder sobre las cosas del mundo exterior, con independencia de su correspondencia o no con una titularidad

jurídico-real, que es provisionalmente protegida por el Derecho en tanto no se pruebe su falta de adecuación a la realidad jurídica. En mi opinión, la posesión supone la presunción de la existencia de un derecho que se circunscribe al campo de los derechos reales (propiedad, usufructo, uso, habitación, ciertas servidumbres, censo enfitéutico, superficie, prenda y anticresis) y de algunas relaciones obligatorias (arrendamiento, transporte, comodato, depósito) que recayendo sobre el mundo exterior permiten un ejercicio, de hecho con cierta estabilidad o duración semejante a la de los derechos reales.

La posesión no supone necesariamente correspondencia plena con el derecho, sino correspondencia cual situación de hecho, con su ejercicio. Ej.: quien compra un reloj robado, (carece de derecho aunque desconozca su origen ilegítimo) puede poseerlo y podrá ser protegido en principio contra su legítimo propietario.

2. ACEPCIONES DEL TÉRMINO *POSESIÓN*

La doctrina distingue dos acepciones de la palabra *posesión*:

a) Posesión como derecho o *ius possidendi* (derecho «DE» poseer). En este caso la posesión se corresponde con una titularidad jurídico-real, puesto que forma parte integrante de un derecho de naturaleza real o personal. La posesión puede ser una de las varias facultades que integran el contenido de poder del derecho de propiedad junto con las de usar, disfrutar, disponer o reivindicar. En este sentido la posesión es un derecho, una parte del dominio *(pars dominii)* (Lalaguna).
La facultad de poseer o *ius possidendi* (derecho «DE» poseer) que se pone de manifiesto en el ámbito de las titularidades jurídicas, es una expresión y consecuencia de un derecho que la contiene y legitima su ejercicio. La posesión puede ser la manifestación no solo del derecho de propiedad, sino también de otros derechos reales (como el usufructo), e incluso de algún derecho personal (como el arrendamiento o el comodato).

b) Posesión como hecho o *ius possessionis* (derecho «A» poseer o a seguir poseyendo). Desde este punto de vista la posesión constituye una relación jurídica distinta de la propiedad. Con este significado la posesión se valora y protege, por el ordenamiento jurídico, como una situación de señorío o poder de hecho sobre los bienes, con independencia de que tras esa situación exista o no un derecho que legitime el ejercicio del poder en que consiste la posesión. En este caso la posesión es un hecho jurídico, un mero hecho que se reconoce y protege por el ordenamiento jurídico. Matiza O'Callaghan, que este «poder de hecho» no consiste en un poder físico actual sobre la cosa, sino en que esta se halle bajo el señorío efectivo de la voluntad de una persona. No se trata de una simple tenencia material, puesto que hay contactos que no son posesión (quien pasea con la bicicleta que le ha prestado un amigo), y a la inversa, en ocasiones hay posesión aun cuando no hay contacto con la cosa, porque la tiene el llamado servidor de la posesión

(así, el dinero que lleva un camarero, que es poseído por el dueño del bar aun sin detentación material).

La diferencia entre ambos tipos de posesión consiste en que el *ius possessionis* (derecho a poseer) constituye una relación jurídica autónoma que deriva del hecho mismo; por el contrario el *ius possidendi*, deriva del derecho de propiedad (u otro derecho real) del que forma parte (Vallet de Goytisolo). Este es el significado que domina e inspira el sistema de la posesión en el Código Civil, puesto que desde este punto de vista la posesión es una institución jurídica autónoma (Lalaguna).

La diferencia entre ambos tipos de posesión se refleja en la Exposición de Motivos de la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944, cuando dice: «El derecho a poseer [ius possidendi], como parte integrante del dominio, es un derecho real que el Registro debe reflejar y proteger. El mero hecho de poseer [ius possessionis], en cambio si bien transciende jurídicamente [ej., protección interdictal], con dificultad adquiere la trascendencia de un derecho real».

3. LOS ELEMENTOS DE LA POSESIÓN

Dos son las grandes corrientes doctrinales que han influido en la formulación del concepto de posesión:

a) La subjetiva, con orígenes en el Derecho romano, y defendida por Savigny, distingue dos elementos en la posesión, el *corpus* y el *animus*; el primero es considerado como el contacto directo con la cosa o tenencia material, el contacto físico con la cosa objeto de posesión, y el *animus*, que es el elemento volitivo, considerado como la pretensión de tener la cosa como dueño y comportarse como tal (Roca i Trias). Así pues, en el Derecho romano, la existencia del *animus possidendi* era lo que diferenciaba la posesión, en sentido jurídico, de la simple retención o detentación material (*possessio naturalis*). Solo si existen ambos elementos (*corpus* y *animus*) nos encontramos ante la posesión, si solamente tuviéramos el primer elemento (*corpus*) habría simple detentación (no protegida por el derecho). La posesión respondería a la fórmula $p = c + a$ (c es el *corpus* y a el *animus*), la detentación en cambio sería $d = c$.
La teoría de Savigny, de base romanista, tropezó con la dificultad de que ciertos detentadores, a pesar de carecer del *animus dominii*, gozaban en Roma de protección interdictal como el precarista, el acreedor pignoraticio, el enfiteuta, el superficiario y el secuestratario.

b) La teoría objetiva o germanista, defendida por Ihering, es contraria a los planteamientos romanistas de Savigny, y manifiesta que para poseer solo es necesario el *corpus*, que lleva siempre implícito el *animus*, por lo que detentación y posesión se equiparan.
Su fórmula sería $p = c$; la detentación no protegida respondería a $d = c - x$, siendo x un factor puramente negativo derivado del ordenamiento jurídico

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

romano que por motivos prácticos negaba la protección interdictal a determinados supuestos y que por ello se convertían en simples detentadores.

c) Los elementos de la posesión en el Código Civil. El Código Civil ha querido mantener la tónica de la posesión romana (*corpus* y *animus*); pero en el fondo sus normas acusan influencias diversas y no se llega a resultados claros y armónicos, puesto que se mezclan principios y conceptos romanos, germánicos y canónicos (Castán). El artículo 430 CC es un ejemplo del intento de integración de ambas doctrinas, al referirse a ellas bajo las clases o especies de «posesión natural» y «posesión civil», a las que concede igual efecto: la protección posesoria sumaria (antes denominada protección interdictal), derivada del artículo 446 del CC en relación con el artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En realidad, aquel precepto establece una diferencia que en verdad no tiene ninguna consecuencia jurídica (Jordano Barea).

Los elementos del *corpus* y el *animus*, en opinión de Jordano Barea, son totalmente prescindibles, puesto que son factores que pueden jugar por separado. Así pues, cabe:

1.º Una «posesión natural» *corpore solo* (sin *animus*) ex artículo 430.1 protegida por los interdictos (art. 446).
2.º Una «posesión civil» *ánimo solo* (*sine corpore* o inmaterial) ex artículo 430.1, la del despojado dentro del año siguiente al despojo (art. 460.4), igualmente protegida por los interdictos.
3.º Una posesión «civilísima», la del heredero que opera automáticamente, sin necesidad material de aprehensión de los bienes hereditarios, es decir, *sine corpore* (art. 440).

El verdadero factor o elemento estructural de la posesión, será *el poder o señorío de hecho sobre las cosas*, entendiendo la disponibilidad de hecho, en sentido social, según la conciencia común o general apreciación de las gentes que integran el grupo de convivencia humana (Jordano Barea). Nuestro Código no es ajeno a ese concepto, así se ve reflejado en el artículo 460.4 CC, que contempla la posesión *incorporal* del despojado dentro del año siguiente al despojo inconsentido, circunstancia que solo puede explicarse por la conservación de ese poder según la conciencia común del grupo social. Otro claro ejemplo es el caso del artículo 461 CC: «la posesión de una cosa mueble no se entiende perdida mientras *se halle en poder del poseedor,* aunque este ignore accidentalmente su paradero». En este supuesto —pensemos en un paraguas, un teléfono móvil extraviados— faltan tanto el *corpus* como el *animus*, entendido en sentido material o de contacto físico, pero aun a pesar de ello continúa intacta la situación de poderío sobre la cosa. Es preferible hablar tal como lo hace el Código del «poder del poseedor», o de las expresiones equivalentes como la de «señorío o poderío sobre la cosa».

Ej.: el mismo poder conserva quien tiene el coche aparcado en la calle, quien ha prestado su bicicleta, o el que se tiene durante todo el año sobre el chalet

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

que solo se ocupa durante el período vacacional, o el bañista sobre la ropa que ha dejado en la playa, o el viajero sobre su equipaje mientras está en el coche restaurante.

4. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

La doctrina ha efectuado varias justificaciones de la protección posesoria:

Ihering realizó un estudio de las diversas teorías que fundamentan la protección posesoria, haciendo hincapié en que dicha protección puede resultar en un principio algo extraña y contradictoria: la tutela de la posesión de quien se apodera ilícitamente de una cosa (ej., el ladrón) y la desprotección del propietario que reacciona por las vías de hecho frente a quien está poseyendo una cosa suya en contra de su voluntad.

A pesar de ello, parte de la base de que la posesión es una exteriorización de la propiedad, por lo tanto un complemento de la defensa de aquella, aunque puede aprovechar lo mismo a un propietario que a un poseedor no propietario.

Messineo justifica la tutela de la posesión por virtud del principio de la protección de la apariencia de los derechos y también por virtud del principio de respeto al orden constituido, evitándose al mismo tiempo la violencia y tutelándose la apariencia jurídico-real.

5. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN

Desde Roma se ha cuestionado la *naturaleza jurídica* de la posesión, sin que haya habido consenso sobre si la posesión es un *hecho* o un *derecho*, la doctrina ha defendido las siguientes teorías:

a) *Tesis de la posesión como un simple hecho.* La posesión se basa en circunstancias materiales, en el poder o señorío sobre la cosa y se protege sin consideración a que exista o no un derecho del que sea apariencia (Castán). Tesis seguida por Thibaut, Roca Sastre y Núñez Lagos.

b) *Tesis de la posesión como un derecho.* La posesión reúne las características de un derecho subjetivo, que constituye una relación tutelada por el ordenamiento jurídico, aun contra el verdadero propietario de la cosa. La posesión es el derecho a continuar poseyendo basado en el hecho de poseer. Es un derecho subjetivo, es un derecho real aunque provisional y claudicante ante quien acredite tener mejor derecho (O'Callaghan). Defienden esta teoría Ihering,Von Thur, Josserand y, en nuestro país, Lacruz y Hernández Gil.

c) *Teoría de la posesión como apariencia derecho provisional sobre una cosa.* Para Jordano Barea, la apariencia de derecho merece el mismo respeto que el Estado de derecho; la posesión es una apariencia interina de derecho

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

real. Esta apariencia provisional es su naturaleza y constituye el fundamento de la protección posesoria.

d) *Teoría del doble carácter de la posesión.* Esta es una teoría conciliadora, defendida por Savigny, Messineo y, en España, por García Valdecasas. Mantiene que la posesión originariamente no es más que un hecho, pero a la vez es un derecho puesto que el ordenamiento jurídico vincula a la posesión una serie de consecuencias legales derivadas de ella. Se protege a todo poseedor frente a quien perturbe su posesión. Ello configura el derecho a seguir poseyendo (*iuss possessionis)* hasta que el otro le venza (Díez-Picazo y Gullón). Ej.: quien posee una bicicleta que se encontró en la calle, tendrá derecho a poseerla, incluso frente al verdadero propietario hasta que sea vencido en juicio.

Este derecho (*iuss possessionis*) es provisional, transitorio puesto que cede frente el que tiene derecho a poseer (*ius possidendi*) y ejercita su derecho frente al poseedor que solo tiene derecho a exigir poseyendo. Ej.: quien se encontró la bicicleta, y la posee como dueño (por creer que había sido abandonada), tiene derecho a defenderse frente a cualquier persona frente a la perturbación. Pero si quien reclama la bicicleta es el verdadero propietario no podrá alegar *iuss possessionis*, puesto que el derecho a poseerla del dueño (*ius possidendi*) deriva de un título de adquisición de superior categoría como lo es el derecho de propiedad.

6. DISTINCIÓN ENTRE LA DETENTACIÓN Y LA POSESIÓN

La detentación es un hecho material desprovisto de toda significación jurídica, si bien la detentación es la base física o material de la posesión. La diferencia entre la detentación y posesión radica en que la detentación es un hecho natural (sin consecuencias jurídicas), mientras que la posesión es un hecho jurídico (Lalaguna).

En el régimen del CC el concepto de posesión no significa que en todo momento se tenga la tenencia material o efectiva. De manera que se puede conservar la condición de poseedor aunque se pierda la tenencia material. Así se deduce del art. 460.4.º: «El poseedor puede perder su posesión. 4º Por la posesión de otro [detentación] aun contra la voluntad del antiguo poseedor si la nueva posesión hubiese durado más de un año». El dato temporal —el transcurso de un año— es lo que permite distinguir la posesión de la mera detentación, durante ese tiempo ni el verdadero poseedor pierde la posesión de la cosa ni el detentador la adquiere (Lalaguna).

7. LOS SUJETOS DE LA POSESIÓN

El poseedor de una cosa puede ser tanto una persona física como jurídica. En cuanto a estas últimas, el artículo 38 CC establece que «las personas jurídicas pueden adquirir y poseer toda clase de bienes».

En relación con las personas físicas el artículo 443 CC establece que «los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitarán de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor». La explicación a la posibilidad de menores e incapacitados se encuentra en el artículo 438 CC, puesto que la posesión puede adquirirse por «la ocupación material de la cosa o derecho poseído» (Puig Brutau).

El sujeto de la posesión puede ser plural, es decir, que varias personas tengan con ánimo de dueño una cosa o que disfruten de un derecho, como sucede en los supuestos de comunidad (Díez-Picazo y Gullón).

8. EL OBJETO DE LA POSESIÓN

De acuerdo con el Código Civil son susceptibles de posesión, tanto las cosas como los derechos. En ese sentido, el artículo 437 establece: «Solo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación».

8.1. La posesión de cosas

Las cosas apropiables en el sentido del artículo 437 CC son todas aquellas que pueden ser objeto de titularidad privada y que se encuentran *intra comercium*. En un primer sentido, parece que cuando el art. 437 habla de cosas se refiere en principio a cosas materiales, consideradas individualmente; asimismo puede referirse a parte de una cosa que pueda ser tratada jurídicamente de forma autónoma (ej., un apartamento en relación con un edificio), también pueden detentarse globalmente conjuntos o pluralidades, así como las universalidades, como sucede con la herencia en relación con el artículo 440 CC (Coca Payeras). En cuanto a las cosas inmateriales, o bien se trata de la posesión de derechos, como sucede en los casos de propiedad intelectual e industrial, o bien se trata de los productos del ejercicio de estos derechos y entonces la posesión tiene como objeto la obra producida (Roca i Trias).

En cuanto a las cosas no susceptibles de apropiación, no cabe la posesión sino la detentación. Las cosas inapropiables, los son por naturaleza (el aire) o por resultar fuera del comercio, como sucede con los bienes públicos.

8.2. La posesión de derechos

Si el objeto de la posesión es una cosa, su contenido lo proporciona su detentación. Por el contrario, el contenido de la posesión de los derechos lo proporciona su ejercicio (Roca i Trias). La doctrina estima que pueden ser objeto de posesión los derechos patrimoniales susceptibles de ejercicio duradero y

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

reiterado (Albaladejo), por contra, no son susceptibles de posesión los derechos de tracto único (Lacruz).

Así, pueden ser objeto de posesión los siguientes:

- Los derechos reales de goce (propiedad, usufructo, uso y habitación, servidumbres, censos, y superficie) y garantía (prenda y anticresis) salvo el caso de la hipoteca, ya que este derecho real no supone el desplazamiento de la posesión a manos del acreedor hipotecario. Tampoco es susceptible de posesión el derecho de retracto, puesto que se agota en un solo acto.
- Algunos derechos de crédito, como el arrendamiento, el comodato y el depósito, puesto que permiten el ejercicio reiterado de un poder sobre la cosa objeto del contrato.

9. SIGNIFICADOS DE LA PALABRA *POSESIÓN* EN EL CÓDIGO CIVIL

La palabra *posesión* tiene muy diferentes significados dentro del CC (Lalaguna).

1.º *La posesión como parte del contenido de un derecho.* En distintos lugares del CC se hace referencia a la posesión en el sentido de facultades o poderes que implican la posesión como contenido de un derecho de carácter real o personal. (Ejs.: art. 1863 en relación con la prenda, el art. 348 incluye el derecho de gozar como equivalente a poseer dentro de la propiedad, el art. 480 habla de la posibilidad de aprovechar la cosa usufructuada como equivalente de posesión de la misma, etc.).

2.º *La posesión como modo de adquirir.* La posesión es un modo de adquirir o el resultado de la adquisición de un derecho. En el artículo 1462, relativo a la tradición, al mencionar la entrega de la cosa vendida, se habla de ponerla en poder y posesión del comprador. En el artículo 609 se alude a la posesión cuando se menciona la tradición. En estos casos la posesión no es una relación jurídica autónoma, sino una situación jurídica inserta en un fenómeno de un cambio de titularidad.

3.º *La posesión como clave de solución de un conflicto de adquisiciones.* En el supuesto del artículo 1473 CC, la posesión es tenida en cuenta como uno de los criterios de solución del conflicto entre dos adquirentes del derecho de propiedad en el supuesto de doble venta.

4.º *La posesión como base de un proceso de adquisición a* non domino. En estos casos, la continuación de la relación posesoria durante un cierto tiempo y con los requisitos legales exigidos, produce la prescripción adquisitiva o usucapión.

5.º La posesión como relación jurídica autónoma. Dentro del libro II del Código, en el título V, dedicado a la posesión, se habla en algunos lugares de posesión sin ninguna clase de determinaciones ni adjetivos. Este es el sentido que importa tener en cuenta al tratar de fijar el concepto de

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

posesión en general. A esta posesión en sentido genérico se le atribuye el efecto o consecuencia de la protección interdictal.

10. CLASES DE POSESIÓN

El Código Civil regula diferentes clases de posesión, a cada una de las cuales se le atribuye determinados efectos. Las modalidades de posesión no son excluyentes entre sí, de modo que una misma posesión podrá ser a la vez civil, en concepto de dueño y mediata.

10.1. Posesión natural y posesión civil

Esta distinción aparece reflejada en el artículo 430 CC: «Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos».

El origen de esta distinción, según Castán, se encuentra en que los redactores del Código al definir la posesión civil se inspiraron en la teoría de Savigny, tomando la doble exigencia del *corpus* y el *animus.* En teoría esta distinción debería de haber provocado que la posesión natural, careciese de protección interdictal tal como sucedía con la *possessio naturalis* romana, sin embargo, la realidad es que el propio Código prescindió de esta inicial distinción entre posesión civil y natural y les otorga a ambas el mismo efecto: la protección interdictal (O'Callaghan).

La posesión civil es la posesión apta para usucapir (*ad usucapionem*): la del que posee comportándose o presentándose como propietario o titular de un derecho real que puede adquirirse por usucapión (De Pablo Contreras). Será poseedor civil aquel que ha creado una apariencia de titularidad de un derecho usucapible. A los efectos de adquisición de la propiedad por medio de la *prescripción adquisitiva o usucapión* solamente el poseedor civil puede usucapir (Díez-Picazo y Gullón).

La posesión natural es, por tanto, la posesión de una cosa en concepto distinto a su titular. En la posesión natural a diferencia de la civil, la intención es solamente la de poseer la cosa o el derecho reconociendo en otra persona la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho. Será natural la posesión que se tiene en virtud de un derecho que no puede adquirirse por usucapión (todos los derechos de crédito como el arrendamiento, el depósito, el comodato, etc., y algunos reales como la prenda).

Un ejemplo de posesión natural es la que detenta el nudo propietario al que se le reconoce la protección interdictal (SAP Granada [S. 4.ª] 21 septiembre 2007 [JUR 2008/60283]).

Ambas modalidades de posesión, civil y natural, gozan de la protección interdictal (art. 446) y, por tanto, son susceptibles de defensa mediante las acciones posesorias o interdictos (Díez-Picazo y Gullón).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Para la mayoría de los autores la diferencia entre posesión civil y natural coincide con la que existe entre posesión en concepto de dueño y en concepto distinto al de dueño (ex art. 432 CC).

10.2. Posesión en concepto de dueño y en concepto distinto del de dueño

El artículo 432 CC establece que «la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona». Este precepto contempla la hipótesis de una concurrencia de posesiones sobre un mismo objeto; el criterio diferenciador estriba en el concepto posesorio, en cómo se posee o se ejercita la posesión sobre el objeto poseído: en concepto de dueño o en concepto de tenedor (Coca Payeras).

La expresión en concepto de dueño es equívoca en cuanto a su literalidad, puesto que parece solo referida al poseedor que se comporta como propietario (Coca Payeras). La doctrina es unánime al interpretar extensivamente la expresión «dueño» equiparándola a la de titular de cualquier derecho real (O'Callaghan). Esta misma equiparación dueño-titular habrá que aplicarla en el caso del artículo 447 CC que establece que «solo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio». Luego poseerán en concepto de dueño, tanto el propietario (titular dominical) como el usufructuario (titular del derecho de usufructo).

La posesión en concepto de dueño (o titular del derecho real) es la que sirve de base para adquirir por prescripción, no solo el derecho de dominio, sino también otros derechos reales (arts. 1940 y 1941 CC), por lo que la expresión en concepto de dueño ha de entenderse como equivalente a «posesión en concepto de titular de un derecho real» (Lalaguna).

Según el artículo 1941, para adquirir por usucapión «la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida».

La posesión en concepto distinto al de dueño es la que disfruta aquella persona que no es titular de un derecho real susceptible de ser usucapido. Este es el caso del arrendatario o del comodatario, puesto que poseen como titulares de un derecho de arrendamiento y de uno de comodato que no pueden ser usucapidos, además su posesión tampoco para poder adquirir la propiedad del bien arrendado o usado en virtud del comodato (Lalaguna).

El artículo 432 CC pone de manifiesto que cuando se posee en concepto distinto al de dueño, esta posesión revela otra que concurre con otra, la posesión en concepto de dueño. Así, cuando alguien posee como arrendatario, comodatario, despositario, acreedor pignoraticio o usufructuaro quien le dio la cosa en arriendo, préstamo, depósito, prenda o usufructo está poseyéndola a la vez en concepto de dueño. Los arrendatarios y otros poseedores en concepto de dueño conservan y disfrutan la posesión para la persona a quien pertenece la propiedad.

La posesión en concepto de dueño (o de titular de un derecho real) también crea una presunción de titularidad a favor del poseedor, tal como establece el

art. 448 CC: «El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo» (O'Callaghan).

Sí que recoge la distinción entre posesión y detentación el artículo 521-1 del libro V del Código Civil de Cataluña: «1. La posesión es el poder de hecho sobre una cosa o un derecho, ejercido por una persona, como titular, o por medio de otra persona. 2. El ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o la tenencia con la tolerancia de los titulares son supuestos de detentación, la cual solo produce los efectos que para cada caso concreto establecen las leyes».

10.3. Posesión mediata y posesión inmediata

Una cosa puede ser objeto de dos clases de posesión a un mismo tiempo: la mediata y la inmediata. Se denomina *posesión mediata* a aquella que se tiene por medio de la posesión de otro. Este es el caso del nudo propietario con respecto al usufructuario, o del propietario arrendador con respecto al arrendatario, estableciéndose la ficción de que en estos supuestos el poseedor mediato también está poseyendo.

Se denomina *posesión inmediata* a la que tiene la persona que efectúa un contacto físico con la cosa: el usufructuario o el arrendatario. El poseedor mediato tiene la posesión como poder jurídico, y el inmediato, como poder de hecho. Este tipo de posesión no aparece recogida en el Código Civil, si bien es admitida por la doctrina y la jurisprudencia (O'Callaghan).

10.4. Posesión en nombre propio y posesión en nombre de otro. El servidor de la posesión

Esta distinción se basa en la forma de ejercer la posesión, y se encuentra regulada en el artículo 431 CC: «La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre».

El poseedor en nombre propio actúa por sí y para sí, tanto si es un poseedor en concepto de titular como si es poseedor en un concepto diferente (Díez-Picazo y Gullón). En la posesión en nombre ajeno hay un reconocimiento de que se está actuando como representante o instrumento de la posesión del titular. Quien ejerce la posesión no sería el verdadero poseedor, sino únicamente una persona que realiza actos posesorios por otro. La posesión en nombre de otro se puede ejercer, según O'Callaghan, mediante la representación del poseedor o a través de la figura del servidor de la posesión. Se debe a Pérez González y Alguer, la consideración de que el artículo 431 incluye la figura del servidor de la posesión recogida en el Código Civil alemán (BGB) que supone que entre el que ejerce la potestad de hecho sobre la cosa y otra persona media una relación de dependencia o de subordinación, de tal manera que debe seguir las instrucciones de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

este respecto de la cosa (Díez-Picazo y Gullón). Ej.: el trabajador respecto de las herramientas del empresario que utiliza en su trabajo.

El servidor de la posesión la ejerce en nombre de otro, que es quien la tiene. Mientras las cosas estén en manos del servidor de la posesión, se ha de considerar a todos los efectos jurídicos como si estuvieran en manos del poseedor (Díez-Picazo y Gullón).

Para algunos autores, el artículo 431 no hace sino reproducir la distinción entre posesión mediata e inmediata (Castán); para otro sector, los artículos 431 y 432 dicen lo mismo, aunque utilicen terminología diferente: *dueño* se equipararía a *en nombre propio*, mientras que *tenedor de la cosa* sería el equivalente a no dueño, equiparándose a *por otro en su nombre* (Roca i Trias).

10.5. Posesión justa (o no viciosa) y posesión injusta (o viciosa)

Esta clasificación se relaciona íntimamente con el artículo 444 que establece que «los actos [posesorios] meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión». Este precepto se completa con lo establecido en el artículo 441: «En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente».

Según Castán, por razón de la adquisición, puede distinguirse entre la posesión *justa* que es la que se adquiere legítimamente, sin vicio jurídico externo y la posesión *injusta o viciosa,* que es la que se adquiere ilegalmente, sin la voluntad del anterior poseedor o en contra de ella, es decir, con alguno de los vicios de violencia, clandestinidad o tolerancia.

La posesión viciosa no destruye el derecho de posesión del despojado, ya que puede recobrar el poder de hecho (la tenencia física) sobre la cosa, ejercitando el *interdicto de recobrar* dentro del plazo de un año desde que se ha producido el despojo; además, la posesión viciosa no aprovecha al usurpador para adquirir el dominio mediante la prescripción ordinaria (aunque sí para la extraordinaria).

La posesión clandestina o violenta, en cierto modo, se convalida por el transcurso de un año de acuerdo con lo establecido por el artículo 460.4, que menciona como motivo de pérdida de la posesión «la posesión de otro, aún en contra de la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiera durado más de un año».

10.6. Posesión de buena fe y de mala fe

Al definir el resto de clases de posesión, se ha hecho referencia a ellas como un señorío de hecho ejercido sobre una cosa, prescindiendo de si existe un título del que nazca el derecho a aquella posesión o que tal poseedor crea que existe. Por el contrario, al hablar de posesión de buena o mala fe hay que conectar la

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

posesión ejercida sobre una cosa con el título del que deriva el ejercicio posesorio (Díez-Picazo y Gullón).

El Código define en el artículo 433 la posesión de buena fe desde un punto de vista negativo (ignorancia de los vicios de la adquisición): «Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide. Se reputa al poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario». El artículo 1950 lo enfoca desde el punto de vista positivo: «La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio». O'Callaghan señala que ambos preceptos son complementarios, de modo que la buena fe se basa en el error: ignorancia del vicio que la hace injusta (art. 433) o creencia en la ausencia del vicio (art. 1950).

La posesión de buena fe es una especie de la posesión civil caracterizada por la concurrencia de dos requisitos: título o acto jurídico que aparente una legitimidad e ignorancia en el poseedor de los vicios que invaliden o hagan ineficaz esta. Ej.: la compraventa es un título que legitima para ejercer sobre el objeto comprado el poder de hecho en concepto de dueño.

La buena fe se presume y por consiguiente no es necesario declararla, en cambio la mala fe es necesario probarla (art. 434). La buena fe es requerida durante todo el tiempo en que dura la posesión (art. 435).

La posesión de buena y de mala fe puede producir los siguientes efectos (Lalaguna):

A. En la liquidación de situaciones posesorias.
Cuando se ha sustanciado en juicio un litigio sobre posesión, la situación del vencido en juicio es diferente según haya actuado de buena o mala fe. Esta se manifiesta en los siguientes aspectos: 1) respecto a los frutos percibidos: los hace suyos el poseedor de buena fe, él de mala fe ha de devolverlos (art. 451); 2) gastos necesarios para la conservación de la cosa: se abonan a todo poseedor, pero solo el de buena fe tiene el derecho de retención hasta que se le satisfagan (art. 455 CC), y 3), respecto de los gastos útiles: solo se abonan al poseedor de buena fe que tiene derecho de retención hasta que se le satisfagan (art. 453.2.º), finalmente respecto a la responsabilidad por deterioro o pérdida de la cosa poseída. Responde el poseedor de mala fe, no él de buena fe (art. 457 CC).

B. En la prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales.
La buena fe es un requisito exigido para la prescripción ordinaria, tanto de muebles como de inmuebles. Así, en el artículo 1940 CC se establece que «para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley»; esta exigencia se reitera en los artículos 1950, 1951, 1955, 1957 y 1959.

C. En la sucesión hereditaria en la posesión.
El que suceda por título hereditario no sufre las consecuencias de una posesión viciosa (de mala fe) de su causante. Pero la posesión de buena fe del heredero solo le aprovecha desde el momento de la muerte del causante (art. 442 CC).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

D. En la adquisición del dominio de bienes muebles.
La posesión de bienes muebles de buena fe equivale al título (art. 464 CC).

E. En los conflictos de adquisición de dominio.
En los supuestos del art. 1473, la propiedad de la cosa vendida a diferentes compradores se transfiere al primero que haya tomado de ella con buena fe, si fuere mueble; y si fuere inmueble la propiedad pertenecerá al primero que haya inscrito su título en el Registro con buena fe (art. 34 LH) o, en su defecto, quien de buena fe sea el primero en la posesión.

11. ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN, PÉRDIDA Y RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN

11.1. Adquisición

Según el artículo 438 CC, «la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales para adquirir tal derecho».

La doctrina clasifica los modos de adquirir la posesión del artículo 438 en originarios y derivativos (Roca i Trias).

a) Adquisición originaria. La adquisición es originaria cuando se adquiere por sí misma sin la intervención de un tercero que transmita la posesión. Son modos originarios la «ocupación» y la «sujección a la acción de nuestra voluntad».

1.º La *ocupación material* puede referirse a una cosa que no tiene dueño (*res nullius*), en este caso el ocupante adquiere la posesión y la propiedad (arts. 609 y 610); en el caso de que la cosa tenga dueño, el ocupante solo adquiere la posesión, sin perjuicio de que el anterior poseedor y propietario puede ejercitar un interdicto contra el ocupante (Puig Brutau).

2.º *Por el hecho de quedar estos (las cosas o derechos) sujetos a nuestra voluntad*. Este sería el caso de la aprehensión material de la cosa (ej.: quien recoge un paraguas del suelo y se lo queda).

b) Adquisición derivativa. En este supuesto la posesión se adquiere mediante la transmisión llevada a cabo por el antiguo poseedor; «por los actos y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho». Tres son las modalidades de adquisición derivativa (Díez-Picazo y Gullón):

1.º La tradición. Es un requisito necesario adquirir el dominio y otros derechos reales (art. 609 CC), que consiste en la entrega o puesta a

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

disposición de la cosa en manos del adquirente (bien mediante la entrega de la cosa o bien mediante alguna de las formas espiritualizadas de tradición del art. 1462 CC y ss.).

2.º La adquisición por ministerio de la ley. Se trata de aquellos casos en lo que una disposición legal inviste a una determinada persona en la condición de poseedor, sin necesidad de su aprehensión material, este es el caso de la posesión civilísima ex artículo 440 CC.

3.º La adquisición judicial de la posesión. Es aquella que se obtiene como resultado de:

a) Las acciones posesorias contempladas en el artículo 250.1 LEC, los antiguos interdictos de adquirir (arts. 1633-1650 LEC/1881).

b) El expediente jurisdicción voluntaria de adquisición de la posesión del artículo 2056 y ss. LEC/1881, que establecen un expediente de «posesión judicial en que no proceda interdicto de adquirir». Ha desaparecido con la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.

c) El supuesto de depósito judicial como medida de aseguramiento de los bienes litigiosos; en el artículo 723.3.º LEC, el juez establece entre otras, la siguiente medida cautelar: «3.ª El almacén de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado».

d) Cuando quien vence en un pleito recibe la cosa en virtud de sentencia (arts. 701 a 704 LEC).

11.2. Extinción o pérdida de la posesión

En el artículo 460 CC se enumeran las siguientes causas de pérdida de la posesión:

1. *Por abandono de la cosa.* Hay abandono cuando se hace dejación voluntaria de la cosa, con la intención de dejar de ser poseedor. El abandono no se presume, hay que probarlo, por ello el ordenamiento presume en principio la pérdida y considera excepcional el abandono (art. 615 CC).
2. *Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito*. Se cesa en la posesión cuando se traspasa a otro la cosa mediante la tradición, bien sea a título oneroso (compraventa, permuta, arrendamiento, etc.) o gratuito (donación).
3. *Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar esta fuera del comercio*. En este sentido hay que aplicar lo dispuesto en el artículo 1122 CC: «La cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar». En este sentido, la pérdida no comprende el simple extravío, ya que el art. 461 CC no considera perdida la cosa mueble «mientras la cosa se halle bajo el poder del poseedor, aunque este ignore accidentalmente su paradero».
   El segundo supuesto «por quedar la cosa fuera del comercio», se refiere a aquellos casos en que la cosa quedase fuera de toda comercialidad (drogas,

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

armas, etc.). En ambos casos la posesión se ha perdido por faltar su base física o jurídica (O'Callaghan).

4. *Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.* Este es el caso en que una persona posee en contra o sin la voluntad del poseedor actual; lo que puede constituir un supuesto de privación ilegal o despojo. El plazo de un año es el que dispondrá el antiguo poseedor para ejercer las acciones posesorias. Hasta que no transcurra el año, el poseedor no pierde la posesión, por lo que no cabe entender que el otro, bajo cuyo poder se encuentra la cosa adquiera la posesión sobre la misma antes de ese tiempo. No obstante, el detentador aparente —quien no es el verdadero poseedor— puede ejercitar el interdicto de recobrar si es despojado por un tercero (Lalaguna).

El artículo 460 CC ignora el modo más habitual de perder la posesión: el poseedor que no es propietario puede perder la posesión cuando el propietario ejercita contra él la acción reivindicatoria.

11.3. Conservación y recuperación de la posesión

La posesión se conserva en tanto persisten los requisitos necesarios para su adquisición y hasta que no se producen los supuestos de pérdida. Pero hay cuatro supuestos en que aun faltando el supuesto de adquisición o produciéndose el de pérdida se conserva la posesión:

a) La posesión de la cosa mueble no se entiende por perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque este ignore accidentalmente su paradero (art. 461 CC).
b) Los animales fieros solo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a casa del poseedor (art. 465 CC).
c) El que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción (art. 466 CC).
d) Los actos meramente tolerados, los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia, no afectan a la posesión (art. 444 CC).

11.4. La adquisición hereditaria de la posesión: posesión civilísima

Este tipo de posesión aparece regulada en el artículo 440 CC que establece: «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

llegue a adirse la herencia. El que válidamente repudia la herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento».

Dentro del fenómeno sucesorio se distinguen tres momentos: 1. La apertura de la sucesión por muerte del causante; 2. La aceptación del llamado a suceder, y 3. La toma de posesión de los bienes hereditarios.

La particularidad del artículo 440 reside en que aceptada la herencia por el heredero, los efectos de la posesión se retrotraen al momento del fallecimiento, aunque el heredero no hubiese realizado con anterioridad ningún acto de toma o apoderamiento de los bienes (Lalaguna). Ej.: si A fallece en enero de 2000 y B acepta la herencia en enero de 2001, se entiende que ha poseído desde 2000.

El artículo 440 se completa por el 442: «El que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban; pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante».

El artículo 440 contempla el supuesto de que tanto la posesión del sucesor como la del causante es de buena fe; por el contrario, en el 442 se contempla la mala fe del causante y la buena fe del sucesor (Lalaguna 1992).

Los anteriores preceptos son completados por el artículo 1934: «La prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar».

Este precepto permite la adquisición de la posesión aunque todavía no haya sucesor, puesto que la posesión es requisito indispensable para que se pueda usucapir. De acuerdo con este precepto se puede producir el fenómeno de la usucapión en favor de la «herencia yacente» (Lalaguna).

12. LA TUTELA DE LA POSESIÓN

12.1. La protección posesoria

El Derecho protege la posesión, por sí misma, ante cualquier perturbación o despojo que sufra el poseedor. Esta protección se puede ejercer incluso contra quien teniendo un mejor derecho que el poseedor, sin embargo, ha optado por la vía de hecho de perturbar o despojar al poseedor, en vez de ejercitar aquel derecho (O'Callaghan). Este sería el caso del propietario de un solar, que está siendo poseído por un tercero que carece de permiso, y que en vez de acudir a la vía judicial para que se le reintegre la posesión de su finca, sin embargo opta por vallarla. El poseedor no propietario que ha sido desposeído por la fuerza de los hechos consumados podrá obtener de los tribunales la restitución de la posesión. Sin perjuicio, de que en otro juicio, el propietario consiga hacer valer su mejor derecho como propietario frente al poseedor y consiga finalmente recuperar la posesión de la finca, puesto que el derecho de este último es claudicante.

El ordenamiento jurídico repudia la violencia, tanto para mantener el estado posesorio actual como para su restablecimiento, de ahí que su defensa se confíe a la autoridad judicial (Díez-Picazo y Gullón). La protección de la posesión se

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

encuentra regulada en el artículo 446 CC al establecer que «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen».

La protección posesoria se justifica en la STS 30 septiembre 2005 (RJ 8899) al establecer que «la protección interdictal responde a la necesidad de mantener el statu quo y, al fin, la paz social ante actos de propia autoridad, impidiendo que una situación existente, de hecho o aparente, sea atacada ni siquiera por quien puede oponer un derecho contrario; y que, en consecuencia, el objeto del interdicto no es otro que la posesión (*ius possessionis*), como poder de hecho, con independencia de que el poseedor tenga derecho o no a seguir siéndolo (*ius possidendi*). Razón por la que el debate en él queda limitado a determinar si el actor posee, si el demandado ha ejecutado actos de despojo o perturbación de dicha posesión y si la acción se ejercitó oportunamente, con exclusión de toda discusión sobre el derecho a poseer, su existencia y titularidad. Precisamente por ello el [ahora derogado] artículo 1658.3 de la ley citada establece que la sentencia estimatoria del interdicto de retener o recobrar, además de contener la fórmula de «sin perjuicio de tercero», reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente».

12.2. Las acciones posesorias

Los medios judiciales de defensa posesoria han sido tradicionalmente los denominados interdictos posesorios que estaban regulados la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante LEC/1881). Los interdictos se concedían al poseedor sin preguntarle en virtud de qué título poseía la cosa (ej.: no importa si la compró o la arrendó o se la encontró en la calle y la cogió); la protección interdictal se concedía al mero hecho de tener. El poseedor por el mero hecho de tener la cosa, con derecho o sin él, estaba protegido por el ordenamiento en su tenencia, de modo que nadie podía arrebatarle la cosa sin su voluntad (Castán).

En la SAP León (S. 3.ª) 21 enero 2008 (JUR 125189) queda explicado el funcionamiento de los interdictos: «Viene a ser doctrina jurisprudencial unánime y pacífica, la de que cuando del ejercicio de la protección (antes interdictal) y ahora posesoria se trata (arts. 430, 444 y 446 CC), viene a ser suficiente y bastante acreditar la mera tenencia o posesión como hecho, pues no se ventila el mejor derecho, sino la preexistencia o no de una situación fáctica de la que se venía disfrutando por quien ejercita dicha acción posesoria. Bastando probar al promovente, que se hallaba materialmente, en el momento de la perturbación o el despojo, en la posesión, disfrute, uso, disponibilidad o tenencia de la cosa o derecho. Sin que sea preciso que ese goce o utilización coincida con la propiedad o con otro derecho cualquiera de tipo conocido. Y, todo ello, evidentemente, sin perjuicio de tercero, y reservándose a las partes el derecho que puedan tener sobre la titularidad, propiedad, disponibilidad o posesión definitiva, acudiendo al respecto al correspondiente juicio declarativo».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Los interdictos posesorios por excelencia eran los denominados interdictos de recobrar y de retener. El interdicto de recobrar tenía por objeto restaurar la situación posesoria antecedente cuando el poseedor había sido despojado de dicha posesión o tenencia. Mediante el interdicto de retener se intentaba prevenir el despojo, ordenando el cese de la perturbación que sufría el poseedor (Castán).

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante LEC) ha derogado los citados interdictos, estableciendo en su lugar unas acciones posesorias en el artículo 250.1, que no tienen nombre ni procedimiento específico (O'Callaghan). No obstante, la utilización de la expresión interdicto está tan arraigada en la práctica jurisprudencial, que la gran mayoría de sentencias de las audiencias provinciales continúan utilizándola.

La SAP Madrid (S. 13.ª) 29 febrero 2008 (JUR 2008/191362) establece: «El derecho a la protección posesoria que reconoce a todo poseedor el artículo 446 del Código Civil antes se llevaba a cabo por medio de los interdictos y ahora a través de los procedimientos relacionados en los números 3.º a 6.º del apartado 1 del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a los trámites del juicio verbal».

Las acciones posesorias, salvo el nombre, comparten prácticamente las características de los antiguos interdictos: 1) el plazo de ejercicio de las acciones posesorias es de un año, así consta en el artículo 1968.1 CC («Prescribe por un año: 1.º La acción para retener o recobrar la posesión», también se deduce de interpretar a contrario el artículo 460.4 CC («la posesión se pierde: 4.º Por la posesión de otro durante un año, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiera durado más de un año»); ahora se establece idéntico plazo en el artículo 439.1 LEC: «No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo». 2) El proceso sigue siendo sumario a tenor del actual artículo 447.2 LEC: «No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión», lo que deja abierta la posibilidad de acudir al juicio declarativo. Así lo establecía el derogado artículo 1658 LEC/1881: «Las sentencias que recaigan en los procesos interdictales se dictarán sin perjuicio de tercero, y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, que podrán utilizar en el juicio correspondiente».

La tutela posesoria no solo puede encauzarse a través de las vías interdictales [acciones posesorias], sino que «también se faculta al poseedor para que pueda acudir al juicio declarativo ordinario correspondiente, sobre todo cuando haya transcurrido el plazo del año» (STS 8 noviembre 2006 [RJ 8066]).

La SAP Málaga (S. 4.ª) 7 mayo 2007 (AC 2007/2173) explicita en qué consiste la tutela sumaria de la posesión: «En esta clase de procesos no puede discutirse nada que quede fuera de la mera situación posesoria, pues de lo contrario sería entrar en la problemática del justo título para poseer del demandante o demandado y no del hecho de la posesión…». En el procedimiento para la tutela sumaria de la posesión tan solo se consiente discutir el hecho de la posesión, para protegerlo de toda alteración o perturbación actual, pero difiriendo para el juicio plenario correspondiente, la discusión del derecho efectivo sobre la misma.

La diferencia entre los interdictos y las acciones posesorias estriba, en que aquellos en la LEC/1881 contaban con un procedimiento especial, el interdicto,

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

mientras que en la vigente LEC las acciones posesorias se ejercitan dentro del juicio verbal con muy pocas especialidades. Asimismo se diferencian en que en las acciones posesorias, a diferencia de los interdictos, pueden recaer sobre derechos y no solo sobre cosas (Díez-Picazo y Gullón 2001, 110).

Las acciones posesorias (antes interdictos) funcionan del siguiente modo: si A —el propietario de un solar— no ha ejercido desde más de un año ningún acto de posesión sobre el mismo (ej.: no lo ha utilizado para almacenar materiales, ni ha realizado ningún tipo de obras, etc.), continúa siendo propietario, pero ha perdido la posesión si durante más de un año B ha estado utilizando el solar, por ejemplo, para sembrar hortalizas. Si A despoja a B de la posesión (ej.: vallando el solar), B en su condición de poseedor podrá interponer una acción posesoria (antiguo interdicto de recobrar) contra A (propietario no poseedor). El juicio se fallará con toda probabilidad a favor de B, puesto que el objeto de la protección posesoria (interdictal), por su condición de juicio sumario no es averiguar quién es el titular del derecho, sino que solamente se permite plantear la cuestión de quien ha estado poseyendo durante el último año. No obstante, a pesar de que B venciese en el proceso posesorio, a A siempre le quedará abierta la posibilidad de acudir al juicio declarativo y ejercitar la acción reivindicatoria, que es la que le corresponde en su condición de propietario. Al tratarse la propiedad de un mejor derecho que la posesión, prevalecerá la primera sobre la segunda y, finalmente, conseguirá que se le reintegre la posesión de su propiedad.

La legitimación activa para el ejercicio de las acciones posesorias resulta de interrelacionar los artículos 446 CC y 250.1 LEC. En el artículo 446 CC se reconoce la legitimación activa a *todo poseedor* que hubiera sido *inquietado* en su posesión; mientras que en el artículo 250.1 LEC se establece un elenco de acciones que se decidirán en juicio verbal, de entre las cuales varias se corresponden con los antiguos interdictos posesorios, a los que la doctrina va aplicando la denominación de acciones posesorias. Estas acciones posesorias tienen por objeto:

a) Recobrar la posesión, cuando el poseedor ha sido *despojado de la tenencia o posesión de una cosa.* Retener la posesión, cuando el poseedor ha sido perturbado en su disfrute (art. 250.1.4.º). Estas acciones coinciden con los anteriores interdictos de recobrar y retener la posesión. En el artículo 439.1 LEC se establece el plazo de un año para el ejercicio de estas acciones desde el acto de perturbación o despojo. Plazo que es de caducidad (O'Callaghan 2007, 235).

En la SAP Madrid (S. 14.ª) 29 febrero 2008 (JUR 2008/135174) tenemos un ejemplo de interdicto de recobrar, en la que el despojo en la posesión del actor consiste en que el demandado rompe la cerradura de la puerta, pone un nueva y ocupa el inmueble. La audiencia estima la demanda por concurrir los siguientes requisitos: *a*) Que la parte actora tenga la posesión de hecho de la finca en el momento de la perturbación o el despojo (art. 446 del Código Civil); *b*) que el demandante haya sido perturbado o despojado en dicha posesión o tenencia por el demandado o demandados, o por orden de estos; *c*) que aquellos actos revelen un propósito y ánimo de expoliar; y *d*) que la acción interdictal se haya ejercitado dentro del año

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

siguiente a la fecha en que se realizó la perturbación o despojo (arts. 460 y 1968 del Código Civil).

b) Adquirir los bienes de la herencia si no están poseídos por nadie a título de dueño o de usufructuario (art. 250.1.3.º). Esta acción se basa en la posesión civilísima de los bienes hereditarios ex artículo 440 CC, en este caso está legitimado el heredero que sucede *mortis causa* en la sucesión de su causante, contra quienes hayan causado perturbación o despojo sobre los bienes hereditarios antes de que aquel los tenga en su poder (Díez-Picazo y Gullón 2001, 111). Esta acción se corresponde con el antiguo interdicto de adquirir.

c) Suspender una obra nueva, en este caso se refiere al antiguo interdicto de obra nueva, en el artículo 441.2 LEC se establece que el tribunal, antes de la citación para la vista, dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado (O'Callaghan).

El nuevo II del art. 205.1.4º , introducido por *la Ley 5/2018, de modificación de la LEC, en relación a la ocupación ilegal de viviendas*, permite el uso del interdicto de recobrar pueda utilizarse para recuperar una vivienda o parte de ella por quien ha sido privado de ella sin su consentimiento. Este es el caso de las viviendas «okupadas». Sólo pueden usar esta vía las personas físicas que sean propietarias o poseedoras legítimas por algún título, las entidades sin ánimo de lucro y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.

d) La demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace con causar daños a quien demande. En este caso se trata del antiguo interdicto de obra ruinosa. En realidad, aunque recibiese el nombre de interdicto, no se trataba de una acción posesoria.

La STS 18 abril 1996 (RJ 3575) establece: «En la doctrina procesal predomina la idea de que el interdicto de obra ruinosa no es posesorio y tiene el carácter de juicio cautelar innovativo. La cautela tiende a eludir peligros y se consigue con las medidas que toma el órgano judicial para evitar la ruina incluso acordando el derribo total del inmueble que los produce».

12.3. La acción publiciana

La acción publiciana tiene su origen en el Derecho romano clásico y en su virtud se reconocía al adquirente de un bien que todavía no había consolidado su titularidad dominical por no haber utilizado los medios solemnes de adquisición del dominio. En caso de que este adquirente fuera despojado de la cosa o si esta era indebidamente poseída por un tercero, podía ejercer la *actio publiciana* para reclamar la cosa, puesto que no podía ejercitar la acción reivindicatoria que estaba reservada para el propietario. La acción publiciana se otorgaba siempre que el adquirente tuviese la *possessio ad usucapionem* (O'Callaghan). La acción publiciana es una acción recuperatoria que se concede al poseedor que tiene un

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

mejor derecho a poseer frente a otro poseedor que ostenta un derecho de inferior condición (Díez-Picazo y Gullón).

El problema que plantea esta acción es su pervivencia en la actualidad. Un sector doctrinal admite su pervivencia (Puig Brutau, Díez-Picazo y Gullón), otro sector la considera incluida en la acción reivindicatoria (Castán), finalmente un tercer sector (García Valdecasas, O'Callaghan) niega la existencia de una acción publiciana con caracteres propios, lo que no impide que en un proceso declarativo el poseedor de mejor derecho igualmente pueda reclamar su derecho, ya que nuestro sistema de Derecho civil no es un sistema de acciones como el romano, y no es necesario que la acción ejercitada tenga que se designarse por su nombre correcto.

El Tribunal Supremo admite la vigencia de la acción publiciana, siendo la tesis predominante la que la contempla como una subespecie de la acción reivindicatoria (SSTS 21 febrero 1941, 6 marzo 1954, 7 octubre 1982, 13 enero 1984, 12 mayo 1992 [RJ 3916], 5 febrero 2004 [RJ 1838]). En esta última sentencia se establece que «la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala han dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la acción publiciana, no con la fisonomía original y peculiar que ostentó el Derecho romano, sino como una de las facetas de la propia acción reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho».

En otras ocasiones, el Alto Tribunal ha estimado que se trata de una acción autónoma, con sustantividad propia (STS 26 octubre 1931), o incluso ha señalado su innecesariedad (STS 29 julio 1998 [RJ 6450]).

13. EFECTOS DE LA POSESIÓN

Las funciones o efectos que despliega el fenómeno posesorio en nuestro ordenamiento jurídico son las siguientes (Lacruz):

A. La tutela posesoria. El poseedor tiene derecho a ser protegido en su posesión en base a lo establecido en los artículos 441 y 446 CC y el artículo 250.1 LEC (acciones posesorias).

B. Instrumento de publicidad. La función de la posesión como instrumento de publicidad se manifiesta en un doble aspecto:

1.º La posesión desarrolla una función legitimadora, en cuya virtud «el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la *presunción legal de que posee con justo título*, y no se le puede obligar a exhibirlo» (art. 488 del CC).

2.º En determinadas ocasiones, los terceros adquirentes pueden resultar protegidos y mantenidos en su adquisición conforme al artículo 464 CC, siguiendo la máxima que establece que «la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título», lo que supone la irreivindicabilidad de los mismos salvo los supuestos de pérdida, robo o hurto.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

C. Posibilidad de conversión de la posesión —en concepto de dueño o civil— en propiedad o en el derecho real de que sea exteriorización (ej., usufructo, servidumbre, etc.). A este resultado se llega a través de la institución de la usucapión (*usucapio)* o prescripción adquisitiva (arts. 1940 a 1960 CC). La usucapión es una institución jurídica con orígenes en el Derecho romano, a través de la cual el poseedor que ha poseído, de acuerdo con los requisitos y plazos establecidos en la ley, se convierte en propietario definitivo (Roca i Trias). De este modo, merced al instituto de la usucapión, la *apariencia posesoria interina o provisional* de la posesión se transforma en realidad jurídica definitiva, la propiedad (Jordano Barea). La prescripción siempre se realizará sobre la base de una posesión en concepto de dueño o de titular del derecho (arts. 432, 447 y 1941 CC).

14. LAS PRESUNCIONES POSESORIAS

El ordenamiento jurídico concede a la posesión una serie de ventajas jurídicas denominadas *presunciones posesorias*, que tienen el carácter de presunciones *iuris tantum.*[1]

A. *Presunción de buena fe*

El artículo 434 CC establece la presunción de la buena fe en todo poseedor: «La buena fe se presume siempre y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba». Esta presunción de buena fe posesoria es un principio general del derecho que aparece también en los artículos 464, 1950 y 1951 CC y en el artículo 34 LH, entre otros (Roca i Trias).
Para probar la mala fe habrá que acreditar:

1.º Que el poseedor conocía el vicio que invalidaba el título o el modo por el que adquirió el derecho que le otorga la posesión de la cosa (art. 433).
2.º Que en el caso de que la buena fe inicial desapareciese, la mala fe sobrevenida requiere que se demuestre la existencia de actos que indiquen que el poseedor no ignora que posee indebidamente (art. 435).

B. *Presunción de continuidad del concepto posesorio*: la interversión de la posesión

1. Las presunciones *iuris et de iure* (aunque se demuestre lo contrario) son aquellas que no admiten prueba en contrario. Las presunciones *iuris tantum* (mientras no se demuestre lo contrario) que sí que la admiten: el beneficiado con esta presunción no tiene que probar nada, ha de ser la parte contraria, quien impugne la presunción mediante la prueba que contradiga el hecho que se presume.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La fijación del concepto en que se posee se produce en el momento de adquirir la posesión material sobre la cosa. El art. 436 establece que «se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, salvo prueba en contrario».

Ej.: quien adquirió la posesión de una cosa como arrendatario en 2015 se presume que en el año 2020 continúa poseyendo en el mismo concepto.

El poseedor puede, sin embargo, cambiar el concepto en virtud del que posee (ej., el arrendatario que compra la finca arrendada y se convierte en propietario), a este cambio de concepto posesorio inicial se le denomina interversión de la posesión. La interversión de la posesión, por ser una excepción al artículo 436 CC ha de ser probada por quien la alega. Además, comoquiera que el dueño de la cosa no pierde la posesión hasta que transcurra un año (art. 460.4.º), puede defender su posesión mediante el ejercicio de los interdictos (Díez-Picazo y Gullón).

C. *Presunción de legitimidad de la posesión*

El poseedor en concepto de dueño goza de una presunción de legitimidad de su posesión, según establece el artículo 448: «el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo». En el artículo 38 de la Ley Hipotecaria se establece la presunción de quien tiene inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales, tiene la posesión de los mismos.

No obstante, no hay que tener en cuenta que la presunción de legitimidad es únicamente a efectos de posesión, pero no de titularidad, puesto que como establece el artículo 1954 CC, el justo título debe probarse, no se presume nunca.

D. *Presunción de continuidad en la posesión*

El artículo 459 CC establece: «El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el período intermedio, mientras no se pruebe lo contrario». Según el artículo 466: «el que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción». El requisito para que puedan operar ambas presunciones es que el poseedor lo sea en la actualidad (Díez-Picazo y Gullón).

E) *Presunción de la posesión de muebles dentro del inmueble que se posee*

Finalmente, el art. 449 CC establece que «La posesión de una cosa raíz (inmueble) supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deban ser excluidos».

Tema 3. La propiedad

1. DOCTRINA GENERAL

1.1. Evolución de la expresión propiedad

La palabra *propiedad* proviene del término latino *proprietas,* que deriva de *proprius*, que indica «lo que pertenece a una persona, lo que es propio de ella». La palabra *dominio* deriva de *domo, as, are* que significa «sujetar o dominar», de *domus*, «casa», de donde *dominus* es el «señor de la casa» y *dominium* es el «señorío doméstico» (Castán).

En Roma *dominium* y *proprietas* tenían un sentido distinto, puesto que el *dominium* era más amplio, que abarcaba todo aquello que pertenecía al dueño de la casa, aunque se tratase de un usufructo. Hoy en día, entre propiedad y dominio no hay diferencia de extensión o contenido, hasta el punto de que el Código Civil utiliza ambos términos como sinónimos (Castán).

Actualmente, la expresión *propiedad* tiene varias acepciones:

En sentido amplio, es toda relación jurídica recayente sobre un bien cualquiera, corporal o incorporal. Esta concepción admite la *propiedad de cosas y derechos.*

En sentido más restringido, es cualquier relación jurídica de apropiación plena o limitada sobre las cosas corporales. Todos los derechos reales están incluidos en esta concepción de propiedad.

En una acepción todavía más estricta, es un derecho real que recae sobre *cosas corporales* y atribuye a su titular un poder general y pleno sobre la cosa. Quedan excluidos de esta acepción todos los derechos reales en cosa ajena. Esta es la acepción más técnica de todas y la que más aceptación tiene entre la doctrina.

1.2. Fundamento del derecho de propiedad

Hay dos grandes grupos de teorías que han tratado de encontrar un fundamento racional a la propiedad (Castán):

A. *Teorías clásicas:* intentan justificar la propiedad por un simple acto individual o social.

Teoría de la ocupación (Grocio, Pufendorf), parten de la hipótesis de que en un supuesto estado primitivo de aislamiento, todos los bienes estaban vacantes (*res nullius*) y la propiedad se adquirió por ocupación legítima.

Teoría del trabajo (Adam Smith, Stuart Mill), justifican la propiedad en la transformación que las cosas de la naturaleza experimentan por el trabajo del hombre.

Teoría de la convención o del contrato social (Rousseau, Kant), fundamentan la propiedad en que los hombres se obligan recíprocamente a respetar sus relaciones con las cosas.

Teoría de la ley (Montesquieu, Bentham), la propiedad es obra exclusiva de la ley, solo ella puede sancionar la renuncia de todos y servir de título para el goce de uno solo.

B. *Teoría modernas:* intentan una justificación en virtud de un principio de orden racional o bien un principio sociológico.

Principio de orden racional: las teorías más generalizadas se basan en conceptos tales como personalidad, la libertad humana...

De orden sociológico: se basan en la utilidad o servicio que la propiedad a la sociedad (Cimbali).

Según Lacruz, la justificación más ampliamente admitida por la mayoría de la doctrina es aquella que contempla la propiedad en un derecho subjetivo privado, que cumple la función de proporcionar al individuo la posibilidad de obtener los medios económicos para desarrollar la propia personalidad humana, es decir para vivir y posteriormente para alcanzar sus propios fines.

2. CONCEPTO Y CARACTERES

2.1. Concepto de propiedad

a) Concepto general

Las definiciones más antiguas de la propiedad se referían a su contenido, eran meras enumeraciones del haz de facultades reconocidas al dueño y de sus límites. Así, la definición clásica establece que la propiedad es el derecho de usar, consumir y disponer de la cosa dentro de lo permitido por las normas jurídicas (*dominium est ius utendi atque abuntendi res sua, quatenus iuris ratio patitur*).

El Código sigue la concepción tradicional del derecho de propiedad, como una enumeración más o menos amplia de sus facultades. Así, en el artículo 348 CC se define la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». Según Díez-Picazo y Gullón, se caracteriza por reunir tres facultades: las de *goce*, *disposición* y de *reivindicación.*

Esta definición ha sido objeto de múltiples críticas, puesto que el haz de facultades que corresponden al dueño es mucho más amplio. Aquella concepción

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de la propiedad ha sido superada por la doctrina y la jurisprudencia. Por ello, doctrinalmente se ha impuesto la definición que establece que la propiedad es el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa. El dominio ya no se contempla como una suma o reunión de facultades, sino como un derecho unitario y abstracto, un «señorío» del que las facultades son simples manifestaciones (O'Callaghan). El dominio es distinto de sus facultades, las cuales pueden ser sustraídas al propietario, en mayor o menor medida, sin que por ello pierda la propiedad su integridad potencial y la posibilidad de recuperarlas (Castán).

Es de destacar la definición de Roca Sastre para quien el dominio es «el derecho real que atribuye a su titular el poder o señorío más amplio posible sobre una cosa corporal, dentro de los límites institucionales, con carácter plenamente autónomo, perpetuo (en principio), elástico y en parte de contenido discriminable».

b) Los caracteres del dominio en el Código Civil

Nuestro Código, en materia de propiedad, sigue la estela del *Code civil* francés, de modo que responde a una concepción liberal burguesa, en la que no se concibe ninguna intromisión del Estado ni de terceros en el dominio, puesto que este es un ámbito de inmunidad del individuo frente a cualquier tercero (López y López).

La propiedad tal como se contempla en el Código Civil ha sufrido las siguientes influencias propias de su época (Díez-Picazo y Gullón):

1.º *Agrarismo fundamental*. La propiedad es la propiedad de la tierra y destinada al cultivo. Esta concepción agrarista se opone a las características propias de la propiedad urbana, industrial o incluso ganadera.
2.º *Liberalismo individualista.* La propiedad del Código es una propiedad de tipo individual, prestándose muy poca atención a la propiedad colectiva.
3.º *Absolutismo de la propiedad.* El propietario de un terreno lo es de la superficie (art. 350) y de todo, y de todo lo que se adhiere al suelo (arts. 358 y 359). Se dice que la propiedad del suelo llega hasta el cielo y hasta lo más profundo de la tierra, o como decían los antiguos desde el cielo hasta el infierno (*usque ad caelos et usque inferos)*.
4.º *Protección absoluta del dominio.* Los intereses del propietario son defendidos incluso frente a aquellas actividades que pueden generar riqueza y utilidad social. Así pues, los usufructuarios y arrendatarios del Código se encuentran en una situación precaria frente al propietario. Si bien, la situación de estos últimos ha sido corregida, y alcanza un gran grado de protección a través de las diferentes leyes especiales de arrendamientos.
5.º *Propiedad sometida a un régimen de plena libertad de comercio.* Se trata de suprimir todos aquellos obstáculos que impidan su libre tráfico. En el Código Civil, como una reacción contra el Antiguo Régimen, hay una prohibición de vinculaciones perpetuas de los derechos de propiedad. De modo que estas no podrán exceder el límite de dos generaciones señalado en las sustituciones fideicomisarias (art. 781 CC).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

En el sistema cuasifeudal del Antiguo Régimen se establecían vinculaciones perpetuas de las tierras a una familia, de modo que cuando alguien moría, sus hijos podían heredar las tierras, pero ni estos ni ninguno de los sucesivos herederos podían venderlas. Lo que a la larga se convertía en un lastre para un país, en el que multitud de tierras se convertían en improductivas, puesto que sus propietarios estaban descapitalizados. La nueva clase burguesa, difícilmente podía acceder al dominio de la tierra mientras no desapareciesen las vinculaciones perpetuas.

2.2. Caracteres del dominio

La propiedad presenta los siguientes caracteres:

1) *Generalidad o absolutividad.* La propiedad es el poder más amplio que se puede tener sobre las cosas, puesto que comprende la totalidad de las facultades permitidas por la ley. La propiedad se presume, en virtud del principio de la generalidad, como libre de cargas y gravámenes (O'Callaghan). El Tribunal Supremo ha establecido de modo reiterado que «el dominio se presume libre de cargas y limitaciones» SSTS 23 de febrero de 2006 (RJ 2006/910) y 20 de octubre de 2008 (RJ 2008/5779) y 24 de octubre de 2014 (RJ 2012/1011). La STS 23 de junio de 1995 (RJ 1995/4980) establece que «a aquel, que alega la existencia del gravamen, incumbe probar su existencia, ya que toda propiedad se presume libre mientras no se demuestre lo contrario».
2) *Abstracción.* El derecho de propiedad persiste, aunque falte alguna facultad, porque la propiedad tiene una existencia distinta e independiente del número de sus facultades, estas pueden ser objeto de reducciones o ampliaciones, en *cantidad o intensidad* sin que por ello pierda el dominio su naturaleza esencial (Castán). Ej.: en el caso del usufructo, a la nuda propiedad le faltan las facultades de uso y disfrute.
3) *Elasticidad.* La propiedad podrá ser objeto de limitaciones pero cuando desaparecen, aquella recupera las facultades que le han sido detraídas. Ej.: cuando se constituye un usufructo o una hipoteca, el dominio se contrae, pero cuando se extingue el usufructo o se cancela la hipoteca, la propiedad vuelve a expandirse, al reintegrarse automáticamente las facultades cedidas a su primitivo estado sin necesidad de un nuevo acto.
4) *Exclusividad.* Este carácter permite al dueño excluir a cualquier persona de toda relación con la cosa. El propietario siempre puede acotar o cerrar las fincas o prohibir expresamente el llamado uso inocuo de su propiedad.
5) *Perpetuidad.* El derecho de propiedad está llamado a durar ilimitadamente, aunque sea en manos de distintos titulares. El derecho de propiedad tiende a durar tanto como el objeto sobre el que recae (Montés). Hay autores que matizan este carácter y dicen que el dominio es potencialmente o normalmente perpetuo, puesto que se admite la existencia de propiedad con carácter temporal o sometido a condición resolutoria (Castán).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3. LA PROPIEDAD Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) regula la propiedad en el art. 33.1 al establecer que «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

En la CE se reconoce el derecho a la propiedad privada, por lo que una ley que la derogara tendría carácter inconstitucional. No obstante, la ley sí que puede modificar este derecho siempre que se respete su «contenido esencial» (Montés Penadés). Así pues, las leyes, respetando el contenido esencial de la propiedad, pueden determinar las *facultades* que corresponden al propietario o pueden establecer *limitaciones* a la misma o pueden fijar las *cargas, deberes y obligaciones* que el propietario ha de soportar en virtud de su titularidad y en virtud del bien común (Díez-Picazo y Gullón).

La expresión «función social» de la propiedad es un concepto jurídico indeterminado, que se identifica con el interés general o el bien común (Díez-Picazo y Gullón). Se entiende que el concepto de derecho de propiedad viene modelado por la idea de su función social, en el sentido de que la satisfacción de los intereses del propietario ha de combinarse, como función social, con las conveniencias de la sociedad mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a su cargo. Es decir, los bienes no solo tienen aptitud para satisfacer las exigencias del propietario particular, sino también las necesidades de la colectividad (Montés Penadés). Se trata, en esencia, de una concepción de propiedad enfrentada a su carácter absoluto presente en los códigos civiles decimonónicos (O'Callaghan).

La declaración constitucional del artículo 33 CE está enmarcada por otros preceptos en un contexto social (Lacruz): así, el artículo 31 CE, relativo al principio de progresividad de los impuestos como medio de redistribución de la riqueza; el artículo 38 CE relativo a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y, finalmente, el artículo 128 CE que establece que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

Asimismo, es de destacar el artículo 53.1 CE, en cuya virtud, dicen Díez-Picazo y Gullón, la llamada a las leyes del artículo 348 CC debe interpretarse, en el sentido de que el legislador solamente podrá regular el derecho de propiedad a través de ley que, además, deberá respetar el «contenido esencial» del dominio.[2] El contenido esencial es aquella parte del derecho subjetivo sin la cual este pierde su peculiaridad o se desnaturaliza. Se viola este contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 8 abril 1981).

---

2. Art. 53.1 CE: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El marco jurídico de la propiedad en la CE, según Montés Penadés, se cierra con la mención a la expropiación forzosa del artículo 33.3 CE, en el que se recogen dos causas de expropiación: en primer lugar, la *utilidad pública* que se refiere a las exigencias de funcionamiento de la Administración (obras públicas, servicios públicos) o de sus concesionarios y, finalmente, el *interés social*, que es cualquier clase de interés prevalente al individual del propietario.

4. OBJETO Y CONTENIDO DEL DOMINIO

4.1. Objeto del dominio

El objeto del dominio son siempre las cosas materiales. Solo por la vía analógica se puede hablar de propiedad sobre bienes inmateriales, que las leyes regulan como parte de las llamadas «propiedades especiales» como la propiedad literaria, artística, científica, industrial… (Díez-Picazo y Gullón). Los bienes objeto de propiedad privada habrán de ser susceptibles de posesión. La propiedad recae sobre cosas determinadas y concretas y no sobre cosas genéricas como el patrimonio, las cuales pueden ser objeto de una relación obligatoria pero no de una real (Castán).

En el Código Civil, como ya hemos comentado, se distingue entre el dominio público y la propiedad privada (art. 338 CC). Son bienes de dominio público los destinados al *uso público* y los que pertenecen *privativamente al Estado*, sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional (art. 339 CC). Así mismo se distingue, entre bienes muebles e inmuebles (art. 334 y ss. CC).

La extensión del dominio con respecto a los bienes muebles no presenta problemas, a diferencia de lo que sucede con los inmuebles. En los bienes muebles el dominio se extiende sobre la cosa entera pero no sobre el espacio arriba y abajo. En los inmuebles la extensión está determinada en sentido vertical, se extiende por el espacio y por el subsuelo (*Atque caelos et inferos*). De ahí que pueda prohibirse el sobrevolar una finca o prohibir que se construya un túnel por debajo de la misma. El derecho sobre las fincas, tal como dice Jerónimo González, presenta su máxima densidad en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de la máxima energía. Pero a medida que nos alejamos en línea vertical arriba o abajo, se debilitan el poder de hecho del propietario y la reacción jurídica contra las perturbaciones de su derecho. Según la doctrina tradicional, el dominio era ilimitado y abarcaba tanto el espacio aéreo como el subsuelo.

El Código Civil, en su artículo 350, recoge esta vieja concepción si bien de forma matizada, puesto que se refiere solamente al suelo y limitándola por determinadas normas: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convenga, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de policía». Las excepciones a la regla general del artículo 350 CC son tan numerosas que esta

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

queda desvirtuada (Castán). En el propio Código puede observarse como la propiedad sobre lo que se encuentra sobre la superficie también está debilitada: en el Código Civil tenemos el caso del artículo 592 CC, en el que el dueño de la finca en la que se extienden ramas de árboles vecinos solo puede reclamar que se corten, pero no puede cortarlas.

En el ámbito administrativo son numerosas las leyes que cercenan el derecho de propiedad sobre la superficie o el subsuelo de la finca. Así sucede con los yacimientos minerales que puedan existir en una finca, puesto que según el artículo 2 de la Ley 22/ 1973, de 21 de julio, de Minas: «Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en territorio nacional, mar territorial y plataforma continental son bienes de dominio público...»; lo mismo sucede con las aguas, puesto que el artículo 1.3. del texto refundido de la Ley de Aguas (aprobado por RDLeg. 1/2001 de 20 de julio), establece que son objeto de aquella ley: «Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio hidráulico». En la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación aérea de 1961, se establece que la soberanía del espacio aéreo es del Estado (art. 1) y que los dueños u ocupantes de los bienes subyacentes (al espacio aéreo) soportarán la navegación aérea (art. 4).

Otras disposiciones que inciden en la extensión del dominio son las siguientes: texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por RDLeg 7/2015, de 30 de octubre; la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas y la Ley 34/1998, de 7 octubre, del Sector de Hidrocarburos (modificada por Ley 12/2007, de 2 julio) y la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (modificada por Ley 21/2015).

4.2. Contenido del dominio

El derecho real de propiedad es el paradigma de los derechos reales, de ahí que las reflexiones en torno al contenido del derecho de propiedad son exportables al resto de derechos reales (Blasco Gascó).

El derecho de propiedad se estructura como un haz de facultades que envuelve todas las utilidades económicas permitidas por el ordenamiento jurídico. Tradicionalmente se ha considerado que dicho haz está compuesto por cuatro facultades: la de *libre disposición*, la de *goce o disfrute*, la de *exclusión* y la de *reipersecución.*

A. *Facultades de libre disposición.* La facultad de disposición permite al propietario la obtención del valor, total o parcial, de la cosa según se disponga de todo el derecho de propiedad o solo de alguna de sus facultades (Blasco Gascó). Las facultades de disponer o transferir el propietario su derecho a otra persona han sido tradicionalmente consideradas como una nota distintiva del dominio, pero en realidad la transmisibilidad también es una nota común a la mayoría de derechos reales y de crédito.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Normalmente, la facultad de disponer se identifica con la de *enajenar* (la transmisión de todo el derecho sobre la cosa), pero la doctrina incluye como formas del ejercicio de la libre disposición, además del derecho de enajenar, las de gravar o limitar, transformar y destruir.

1.º En virtud de la facultad de *enajenar*, el propietario tiene la posibilidad de transmitir, total o parcialmente, su derecho a otra persona a *título oneroso* (ej., compraventa) o *gratuito* (donación); *inter vivos* o *mortis causa* (herencia), sin perjuicio de limitaciones legales o voluntarias.
2.º Mediante la facultad de *limitar o gravar*, el dueño puede desprenderse de alguna de las facultades que integran el dominio y transferirla a un tercero, dando lugar a los derechos reales limitados o *iura in re aliena.*
3.º Con la facultad de *transformar* se puede variar la naturaleza, forma o destino de una cosa (ej., transformar un solar en una edificación).
4.º La facultad de *destruir* es el poder de aniquilar o inutilizar la cosa para la función específica que tiene (*ius abutendi*). Esta facultad ha sido muy criticada por ir contra el fin racional y social que la propiedad debe cumplir y se suele considerar como un abuso de derecho.

B. *Facultades de goce, disfrute o libre aprovechamiento*: esta facultad permite al propietario de una cosa utilizarla directamente, o indirectamente por concesión a un tercero, de toda o parte de dicha facultad, para la satisfacción de sus necesidades, según la naturaleza de esta. La facultad de goce tiene connotaciones económicas, puesto que se refiere al valor en uso de la cosa objeto del derecho que no es otra cosa que su explotación económica (Blasco Gascó).
Esta facultad se descompone en otras tres: usar, disfrutar y consumir.

1.º Facultad de *uso o utilización (ius utendi)* de la cosa misma. Ej.: utilizar una bicicleta.
2.º Facultad de *disfrute o goce (ius fruendi)* de la cosa, que permite la obtención y apropiación de los frutos, productos y rendimientos económicos (art. 354 CC).
3.º Facultad de *abusar o consumir (ius abutendi)*, que consiste utilizar las cosas consumibles por naturaleza. Ej.: consumir un montón de leña para la calefacción.

Una consecuencia de este grupo de facultades es el derecho de accesión que implica la posibilidad de recibir un incremento o disminución de la cosa. Según el artículo 353 CC: «La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente».

C. *Facultades de exclusión.* El derecho de propiedad supone la posibilidad de gozar en régimen de monopolio una cosa, excluyendo a los demás de este

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

goce. Estas facultades son un complemento y garantía de las de aprovechamiento, puesto que permiten al dueño impedir la intromisión o perturbación de terceros en la utilización o disfrute de la cosa. Las facultades de exclusión se descomponen en dos: la de cercar o cerrar las fincas y la de deslinde y amojonamiento.

1) La *facultad de cercar o cerrar las fincas*. Según el art. 388 CC, «todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo, sin prejuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas».
2) La f*acultad de deslindar y amojonar*. De acuerdo con el art. 384, «todo propietario tienen derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes. La misma facultad corresponderá a los titulares de otros derechos reales».

D. *Facultad de reipersecución.* Esta facultad atribuye su titular la posibilidad legalmente protegida de perseguir o ir a buscar la cosa donde quiera que esté y quienquiera que sea la persona que la detente o la tenga en sus manos (Díez-Picazo). La acción reivindicatoria es la vía principal para ejercitar la facultad de reipersecución.

5. LÍMITES Y LIMITACIONES DEL DOMINIO

5.1. Distinción entre límites y limitaciones

El contenido del derecho de propiedad, como ya hemos adelantado, no debe fijarse mediante la enumeración de facultades, sino negativamente, mediante la indicación de los extremos a los que no alcanza, es decir, fijando los límites. Para Montés, el «poder salvo limitaciones» del propietario es superado por sus propias excepciones.

La doctrina distingue entre límites y limitaciones. Los primeros son las fronteras, el punto hasta el que llega el poder del propietario, es decir, el régimen normal de restricciones a que está sometido el poder en que consiste la propiedad. Las limitaciones son otro tipo de restricciones que vienen a reducir el poder del propietario, pero siempre dentro de sus límites (O'Callaghan).

La principal consecuencia de la anterior distinción es que los límites por constituir el régimen normal de la propiedad no requieren de ningún acto especial para imponerlos en cada caso concreto, ni hay que probarlos, ni se inscriben en el Registro de la Propiedad, sino que basta invocar la norma que los impone. Sin embargo, en el caso de las limitaciones han de ser establecidas por un especial «acto jurídico» relativo a la cosa que se trate puesto, y además han de ser probadas puesto que la propiedad se presume libre (O'Callaghan).

El uso de las expresiones límites y limitaciones se hace de modo poco preciso y confuso por la ley, jurisprudencia y doctrina; en ocasiones se utilizan como sinónimos y en otras se hace con los sentidos cambiados.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La existencia de límites y limitaciones a la propiedad se fija por nuestro ordenamiento jurídico en la CE y el Código Civil: el artículo 32.2 CE establece la «función social» como el criterio que delimitará el contenido de la propiedad de acuerdo con las leyes. En el artículo 348 CC al tiempo que se define la propiedad se establece (*a sensu contrario*) que puede estar limitada por las leyes («… sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.»).

El artículo 348 CC en adelante solo puede ser entendido con relación a otros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que definen o regulan el fenómeno de la propiedad (Montés Penadés). Es de destacar el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, del Suelo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLSRU/2015), en especial el capítulo III dedicado al estatuto jurídico de la propiedad del suelo. Destacan sus artículos 12: «Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades» y 15: «Contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes y cargas».

5.2. Clases de límites del dominio

Los límites del derecho de propiedad pueden establecerse, en primer lugar, por disposición legal, tanto en el caso de que protejan los derechos privados de otros particulares, como cuando se establezcan en protección del interés general. También existen unos límites intrínsecos, derivados de la naturaleza del dominio, que se reconocen sin disposición legal expresa (O'Callaghan).

A. Límites intrínsecos

Son aquellos que derivan de la naturaleza del derecho de propiedad, aún sin disposición legal concreta que las establezca (O'Callaghan). Dentro de este tipo de límites de carácter general hay unos de naturaleza positiva, que afectan al ejercicio del dominio, y hay otros de naturaleza negativa que afectan a la facultad de excluir.

1) *Límites al ejercicio del dominio*. La propiedad se encuentra sometida a los mismos límites intrínsecos que el resto de los derechos subjetivos: la prohibición del abuso del derecho y el ejercicio de la mala fe (art. 7 CC).
2) *Límites a la facultad de excluir*. Se limita la facultad de excluir, concediéndose derecho a los extraños, aun sin constituir verdadera servidumbre. Este es el supuesto del *ius inocui.* Según este principio, cada uno puede hacer en el fundo de otro lo que a él aprovecha y no daña al fundo. Ej.: el espigueo o facultad de recoger los sobrantes y residuos de cosechas abandonadas por el propietario sobre su suelo; el pastoreo inocuo sobre zonas baldías, etc.

Hoy en día esta figura es controvertida, parte de la doctrina estima que no se trata de un límite del dominio, sino que es una mera tolerancia del propietario (O'Callaghan). Piénsese en que aplicado a las zonas urbanas

serían supuestos de *ius inocui* el uso de las plazas de aparcamiento en ausencia del propietario, o el uso de una pista de tenis cuando no la utiliza su propietario.

B. *Límites legales: por razón del interés o utilidad pública*

Aunque todos los límites legales obedecen en última instancia al interés social, hay que distinguir entre los que directamente se establecen en interés público, que entran en la esfera del *derecho administrativo* y los que se establecen en interés de los particulares y que se regulan por el *derecho civil*. Esta bipartición la establece el artículo 549 cuando dice: «Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares».
Los límites por interés o utilidad pública pertenecen principalmente al Derecho público y vienen establecidos:

1) Por razón de las personas.

En el RD 664/1999, de 23 abril 1999, sobre inversiones exteriores, se establecen restricciones para la libertada de las inversiones extranjeras, al exigirse toda una serie de controles administrativos y formalidades de declaración e información (O'Callaghan).

2) Por razón del objeto.

Son límites referidos a la naturaleza del objeto, por razón de su origen o destino:

a) Los bienes del Patrimonio Nacional que están regulados por la Ley 23/1982, del Patrimonio Nacional, que los enumera y establece su gestión y administración por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, siendo indisponibles. Asimismo, los bienes del patrimonio histórico español que regula la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español.
b) Las riberas de los ríos. Como límite a la facultad de exclusión, las riberas de los ríos tienen una zona de tres metros de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento (art. 553.1.º CC). Ampliada por el artículo 6.º del texto refundido de la Ley de las Aguas a cinco metros.

3) Por razón del destino o actividad.

Son límites que afectan a la facultad de aprovechamiento o de exclusión, en virtud del interés público.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

a) En interés de la defensa nacional. El artículo 589 CC impide edificar o hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas, en la forma prevista en la legislación administrativa relativa a la defensa nacional.

b) Limitaciones de la zona marítimo-terrestre, protección del medio ambiente, comunicaciones públicas y urbanismo. Estos los límites están contemplados, entre otros, en la Ley de Aguas de 2001 (texto refundido 1/2001, de 20 de julio, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio): en interés de la navegación, pesca y salvamentos fluviales, así como los establecidos en la Ley 22/1988, de Costas (modificada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas): en interés de paso y vigilancia del litoral.

c) La expropiación forzosa. El prototipo de las limitaciones administrativas es la expropiación forzosa que afecta a la totalidad del dominio. Si bien esta más que limitar la cosa, lo que hace es sustraerla de la esfera del dueño mediante el pago de su valor La enumeración de estas limitaciones es muy extensa, si bien citamos a efectos ilustrativos los supuestos del artículo 589 CC: límites en interés de la defensa nacional; los supuestos contemplados en los artículos 389-390: en interés de la seguridad de personas o cosas.

C. *Límites legales: por razones de interés privado*

1) Las relaciones de vecindad. Como en las propiedades contiguas el hecho mismo de la vecindad es origen de conflictos, es una exigencia social imponer limitaciones recíprocas al ejercicio de las facultades correspondientes a cada uno de los propietarios (Castán).

El Código Civil, con ocasión de las relaciones de vecindad entre los predios, en ocasiones establece limitaciones del dominio entre las fincas y en otras establece un derecho real de servidumbre que ha de ser soportado únicamente por el predio sirviente. Sin embargo, es difícil saber cuándo nos encontramos ante una institución u otra, puesto que el Código ha regulado las limitaciones del dominio entre las servidumbres (Díez-Picazo y Gullón).

Las limitaciones del dominio se imponen por la ley a todos los fundos o fincas que se encuentran colocados en idéntica situación. Al afectar a todas las propiedades por igual, no se puede hablar de fundo dominante ni fundo sirviente. En las limitaciones se coordinan todos los intereses en beneficio de todos los propietarios (Díez-Picazo y Gullón).

Son limitaciones del dominio, de acuerdo con Díez-Picazo y Gullón, las contempladas en siguientes artículos del Código Civil:

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

- La de consentir el paso de materiales por la finca, cuando fuese indispensable para construir o reparar algún edificio, o la de soportar la colocación de andamios u otros objetos (art. 569).
- La de recoger las aguas pluviales de manera que recaigan sobre suelo propio o sobre suelo público (art. 586).
- La de soportar la caída de las aguas que desciendan naturalmente y sin obra del hombre de los predios superiores (art. 552).
- La de guardar las distancias prevenidas en los artículos 581 a 583 para abrir ventanas, balcones y otros voladizos sobre la finca del vecino, con vistas rectas u oblicuas (arts. 581 a 583).
- La de guardar las distancias entre plantaciones y construcciones fijadas en los arts. 589 a 592.
- Las que pesan sobre los propietarios de una pared, muro, seto, valla, etc. (arts. 571 a 579).
- Las de permitir al propietario de un enjambre de abejas que lo persiga en finca ajena (art. 612).

En otras ocasiones el Código constituye una servidumbre (forzosa o legal) en favor de otra finca. Se trata de verdaderas servidumbre reales, puesto que en ellas siempre hay *un gravamen de un predio en beneficio de otro*, un fundo sirviente y otro dominante (art. 530). El titular del predio dominante está facultado para utilizar de cierta manera el sirviente. En la servidumbre hay un sacrificio de una propiedad en beneficio de otra (Díez-Picazo y Gullón).
En el Código Civil se contemplan las siguientes servidumbres legales:

- La servidumbre de acueducto del artículo 556.
- La servidumbre de parada o partidor en los cauces del artículo 562.
- La servidumbre de paso a camino público del artículo 564.
- La servidumbre de desagüe a través de predios contiguos del artículo 558.

Dentro de las relaciones de vecindad también nos encontramos, en el artículo 1908 CC, con las limitaciones que hacen referencia a la responsabilidad de los propietarios por los daños causados por determinadas inmisiones (humos excesivos, emanaciones de cloacas, etc.).

2) La medianería

Los elementos arquitectónicos que dividen o limitan dos propiedades pueden pertenecer a uno de los propietarios o a ambos. La medianería consiste en una especial modalidad de comunidad de los propietarios de los predios contiguos sobre los elementos medianeros de aquellos (muros, setos, cercas, etc.). Aunque el Código se refiere a esta figura como servidumbre, en realidad se trata de un límite del dominio (O'Callaghan).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3) Los tanteos y retractos legales. Ambas figuras constituyen límites del dominio que afectan a la facultad de disponer del propietario, restringiendo su facultad para elegir a la persona que haya de adquirir la cosa. El tanteo es el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa determinada en el caso de que el dueño quiera transmitirla. El retracto es el derecho de preferencia para la adquisición de una cosa cuando el dueño ya la ha enajenado, subrogándose en lugar del comprador. Ambas figuras, junto con el derecho de opción, se estudian dentro de los reales en cosa ajena.

D. *Limitaciones de origen voluntario*

- Servidumbres voluntarias

Sin necesidad de transmitir la cosa su dueño puede imponer limitaciones a su propiedad, creando derechos reales a favor de otra persona. Este es el caso de las denominadas «servidumbres voluntarias» contempladas en los artículos 594 a 604 CC. El artículo 594 reconoce esta posibilidad de actuación al propietario al establecer que «Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público». Este precepto es consecuencia del artículo 536 que establece que «Las servidumbres se establecen por la ley o por voluntad de los propietarios. Aquellas se llaman legales y estas voluntarias».

- Las prohibiciones de disponer

El que transfiere la propiedad de una cosa puede imponer al adquirente limitaciones, siempre que no sean contrarias a la esencia del dominio o estén prohibidas por la ley. Entre ellas se encuentran las prohibiciones de disponer.

Las prohibiciones de disponer pueden tener un origen legal, que tienen un papel escaso en nuestro sistema jurídico. Por lo general, se limitan a establecer un determinado plazo durante el cual el propietario no puede transmitir su bien (ej., el art. 196 en el caso de la declaración de fallecimiento del ausente).

Las prohibiciones de disponer tienen carácter marginal en nuestro derecho, puesto que la propiedad vinculada (mayorazgos, vinculaciones perpetuas a favor de las *manos muertas*) había sido una de las características anteriores de nuestro derecho de propiedad, contra la que reaccionó el Código.

Las prohibiciones voluntarias de disponer encuentran su origen en actos jurídicos gratuitos como las donaciones, testamentos… o a título oneroso, si bien en este último caso tienen prohibido su acceso al Registro de la Propiedad (art. 26 LH).

Tema 4. El sistema de adquisición y transmisión de la propiedad y de los demás derechos reales

1. EL ART. 609 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1.1. De los diferentes modos de adquirir la propiedad

Los modos de adquirir son aquellos hechos jurídicos a los que la ley atribuye el efecto de producir la adquisición de la propiedad y otros derechos reales (Albaladejo). Los modos de adquisición del dominio o propiedad vienen señalados en el art. 609 del Código Civil, ubicado dentro del libro III («De los diferentes modos de adquirir la propiedad»), que dice literalmente:

> La propiedad se adquiere por la ocupación.
> La propiedad y los demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de determinados contratos mediante la tradición.
> Pueden adquirirse también por medio de la prescripción.

El citado precepto regula las fuentes de adquisición de los derechos reales de forma similar a como lo hace el artículo 1089 CC para los derechos de crédito (Atienza Navarro). Un sector doctrinal entiende que en este artículo no se hace una clasificación de los modos de adquirir, sino una mera enumeración, la cual no es *sistemática*, ni *perfecta* ni *congruente* con el contenido del libro III (Castán). No es sistemática porque no obedece a ninguna clasificación, su redacción solo responde a distinguir entre dos grupos: uno de modos que únicamente sirven

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

para *adquirir la propiedad,* como la ocupación y la prescripción, y modos que sirven para *adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos reales,* como la donación, sucesión y tradición.

No es perfecta, por incluir la donación que tiene carácter contractual, y la sucesión, por ser un medio de creador de derechos que no se refiere solamente a relaciones jurídicas de propiedad (ej., derechos de crédito).

No es congruente con el contenido del libro III del Código, porque este no se ocupa de algunos modos de adquirir la propiedad enumerados en el artículo 609, como sucede con la tradición y la prescripción que se regulan en el libro IV.

También podemos decir que es incompleta, puesto que no contempla la accesión como modo de adquirir.

Miquel González dice que a pesar de que a este precepto se le reprocha el no responder a ninguna clasificación, en realidad en él se reconocen dos clasificaciones:

1) Según la naturaleza de los modos de adquirir:

a) Modos de adquirir solo la propiedad (la ocupación).
b) Modos de adquirir la propiedad y también otros derechos reales (todos las demás).

2) Según el ámbito de aplicación de los modos de adquirir:

a) Modos de adquirir originarios, son aquellos que generan la adquisición independientemente de cualquier otra persona: el derecho nace para el titular sin conexión ni dependencia con otra titularidad anterior. Se trata de adquisiciones *ex novo*. Son modos originarios la ocupación y la prescripción.
b) Modos de adquirir derivativos, producen la adquisición del derecho con base en un derecho anterior que tenía otra persona, y por lo tanto con la misma extensión y las mismas restricciones que tuviere el derecho en poder del titular anterior (son derivativos el resto de modos de adquirir).

1.2. La ley

La ley interviene en el proceso creador de derechos reales con una extensión bastante limitada. A través de la ley se pueden crear los siguientes derechos reales:

a) Las servidumbres legales (art. 549 y ss. CC)
b) El derecho de usufructo del cónyuge viudo (arts. 834 a 840 CC).
c) Las hipotecas legales (arts. 158 y ss. Ley Hipotecaria).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.3. La donación

La donación es un modo de adquirir independiente (por su naturaleza contractual) y diferente al resto de los contenidos en el artículo 609. La doctrina mayoritaria opina que en la donación no es necesaria la tradición para la transmisión de la propiedad y derechos reales por donación a diferencia de lo que ocurre con el resto de negocios jurídicos traslativos: la compraventa y la permuta (Díez-Picazo, Vallet, Montés, Lalaguna, Lacruz). En la donación de inmuebles, que necesariamente debe efectuarse mediante escritura pública, la mera existencia del contrato acompañado de la aceptación de la donación por el donatario produce la transmisión sin necesidad de la tradición o entrega de la cosa (art. 633 CC). En el caso de la donación de bienes muebles, salvo que se haga por escrito, la entrega se ha de producir en ese mismo acto (art. 632 CC).

En mi opinión, la tradición no solo está presente en la donación, sino que sin ella no existe donación. De ahí que el Código exija el otorgamiento de escritura en la donación de inmuebles, lo que supone una tradición cartular; por otro lado, en el caso de los muebles solo es posible la donación verbal si se produce en ese mismo acto, lo que supone una doble concurrencia del título y el modo.

Si no existe entrega de la cosa el contrato tendrá que ser por escrito. En este caso la tradición podrá separarse del contrato causal.

1.4. La sucesión testada e intestada

La sucesión *mortis causa* constituye un fenómeno de transmisión por causa de muerte de todo un patrimonio, que no se aplica solamente a derechos reales, sino a derechos y obligaciones. Habida cuenta de su importancia el Derecho de sucesiones es objeto de estudio como una parte autónoma del Derecho civil.

1.5. Los sistemas de adquisición y transmisión de los derechos reales

Los ordenamientos de los países de nuestra órbita jurídica, en lo referente a la transmisión de la propiedad, se han inclinado por alguno de los siguientes sistemas: sistema del título y el modo, el sistema de transmisión consensual y el sistema abstracto.

A. La teoría del título y el modo:

El sistema del «título y el modo» tiene su origen en el Derecho romano, para la transmisión del dominio exige la presencia de dos elementos:

1.º El título es el contrato antecedente o título, también denominado como causa remota o *iusta causa*. Este negocio jurídico solo puede consistir

en un contrato de finalidad traslativa (compraventa, donación o permuta).

2.º El modo es el traspaso posesorio, también conocido como causa próxima, o tradición o *traditio*.

La conjunción de ambos elementos determina la transmisión de la propiedad o del derecho real de que se trate. Este sistema protege sobre todo la posición del enajenante porque, en caso de que el negocio causal sea nulo o inexistente, podrá recuperar la cosa mediante la acción reivindicatoria (Pérez Álvarez).

El Código Civil español y los códigos de Austria, Argentina y Uruguay siguen la teoría del título y el modo.

3.º *Sistema de transmisión consensual*. En este caso la transmisión opera por el mero consentimiento sin necesidad de acto material de entrega. En estos sistemas el contrato de compraventa transmite inmediatamente la propiedad sin necesidad de tradición. Este sistema, seguido por el *Code* francés, tiene su origen en la progresiva espiritualización de la *traditio* o entrega. Históricamente, al lado de la *traditio* real se fueron admitiendo sistemas de tradición ficticia (*fictia traditio*), de tal forma que si bien la *traditio* conservaba su valor en la práctica era la voluntad de las partes por medio del contrato lo que determinaba la transmisión. Este sistema protege más al adquirente, pues la propiedad se transmite con el mero consentimiento y desde ese momento tendrá a su favor la acción reivindicatoria (Pérez Álvarez).

Además del *Code* francés, siguen el sistema puramente consensual el Código Civil italiano y el proyecto español de 1851.

4.º *Sistema de transmisión abstracta.* Se basa en un acuerdo abstracto traslativo. En este sistema la transmisión del dominio y demás bienes inmuebles se produce a través del contrato real abstracto basado en el acuerdo de las partes de transmitir y adquirir la propiedad, aunque fundado en la entrega para los muebles y en la inscripción del Registro para inmuebles como requisitos que tratan de asegurar la publicidad. En este sistema, si el negocio causal es nulo o inexistente, la transmisión del dominio se produce igual y el transmitente únicamente tendrá a su favor la *condictio sine causa*. Este sistema protege sobre todo al adquirente en aras de la seguridad del tráfico y del crédito inmobiliario (Pérez Álvarez).

2. LA OCUPACIÓN

2.1. Concepto

La ocupación o apropiación es el acto consistente en la aprehensión o toma de posesión de una cosa que no tiene dueño, con intención de adquirir su propiedad (Atienza Navarro). Se trata de una acto de apoderamiento o dominación física relativo a una cosa que carece de dueño, bien porque nunca lo tuvo (*res nullius*),

bien porque ha sido abandonada (*res derelicta*), susceptible de apropiación, con intención de adquirirla (Montés).

La ocupación es un modo originario de adquirir solo el dominio. Los derechos reales *in re aliena* no pueden adquirirse por ocupación, puesto que debe mediar otro negocio jurídico, obra del dueño de la cosa para que se constituyan (Díez-Picazo y Gullón).

2.2. Requisitos

a) *Con relación al sujeto*: los menores de edad y los incapacitados pueden adquirir por ocupación, ya que según el art. 443 pueden adquirir la posesión de las cosas y la ocupación es toma de posesión; si bien para ejercitar los derechos que de esa posesión nazcan necesitarán de sus representantes legales (Díez-Picazo y Gullón).

b) *Con relación a la cosa*: ha de tratarse de cosas apropiables por naturaleza (quedan excluidas las *res extra comercium* y las de dominio público) y que carezcan de dueño conocido: por haber sido abandonada o por haberse perdido involuntariamente (art. 610 CC).
En el libro V del Código Civil de Cataluña, en su artículo 543.2 se establece la no presunción de abandono al decir que la «voluntad de abandono debe ser expresa y no se presume por la mera desposesión».

c) *Con relación al acto*: ha de mediar posesión con la cosa sin que sea rigurosamente necesario que la aprehensión sea corporal.

2.3. Clases de ocupación

De acuerdo con el artículo 610 CC: «Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonada».

A. Ocupación de semovientes. El artículo 611 CC nos remite a las leyes especiales respecto a los animales que son susceptibles de caza y de pesca.

La legalidad vigente en materia de caza, a nivel estatal, la constituyen básicamente la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza y su Reglamento, aprobado por Decreto 506/1971 de 25 de marzo, así como la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Según el artículo 4.º de la ley de caza: «son piezas de caza los animales salvajes, los domésticos que pierdan esta condición y los salvajes domesticados cuando no mantengan tal estado». Son numerosas las leyes autonómicas que regulan la caza. Son numerosas las CC. AA. que tienen competencia en materia de caza.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La pesca marítima es libre en principio en el mar, en su ribera y en las zonas de dominio público marítimo-terrestre (art. 31 Ley 22/1988, de Costas); si bien hoy en día se encuentra regulada por la Ley 3/2001, de Pesca Marítima del Estado. La pesca fluvial se halla regulada principalmente por la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942 y por numerosas disposiciones autonómicas.

B. Ocupación de cosas muebles

El Código se refiere a los siguientes casos:

1) Objetos muebles perdidos o abandonados.

El que encuentra una *cosa mueble abandonada* por el dueño, puede hacerla suya por ocupación. Por el contrario, el que encuentra una cosa mueble *perdida* debe restituirla a su anterior poseedor (art. 615.1.º). El Código Civil establece de modo tácito la presunción de pérdida de las cosas muebles, al establecer en los artículos 615 a 617 las reglas que debe seguir quien se encuentre una cosa mueble. De modo que en principio se presume que las cosas que alguien se encuentra son perdidas y no abandonadas.
El artículo 615 CC establece: «El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, deberá restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo.
El Alcalde hará publicar este, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos.
Si la cosa mueble no pudiere conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño y se depositará su precio.
Pasados dos años, a contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada o su valor al que la hubiese hallado.
Tanto éste como el propietario estarán obligados, cada cual en su caso, a satisfacer los gastos».
En el art. 616 se dice que «Si se presenta el propietario, estará obligado a abonar, a título de premio, al que hubiese realizado el hallazgo la décima parte de la suma o del precio de la cosa encontrada. Cuando el valor del hallazgo excediese de 2.000 pesetas, el premio se reducirá a la vigésima parte en cuanto al exceso».
Existe un régimen especial en relación con los vehículos abandonados en el artículo 106 del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad que permite que se traslade el mismo a un centro autorizado de tratamiento de vehículos para su posterior destrucción y descontaminación:

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

a) Cuando hayan transcurrido más de dos meses desde que el vehículo fuera inmovilizado o retirado de la vía pública y depositado por la Administración y su titular no hubiera formulado alegaciones.
b) Cuando permanezca estacionado por un período superior a un mes en el mismo lugar y presente desperfectos que hagan imposible su desplazamiento por sus propios medios o le falten las placas de matrícula.
c) Cuando recogido un vehículo como consecuencia de avería o accidente del mismo en un recinto privado su titular no lo hubiese retirado en el plazo de dos meses.

Existen otras disposiciones administrativas en la que se regula la ocupación de objetos abandonados. Así, el artículo 6 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos. Las mercancías abandonadas en las aduanas se regulen por el Código Aduanero de la Unión (Reglamento (UE) n.º 952/2013). El reglamento regulador de la prestación de los servicios postales, aprobado por el RD 1829/1999, de 3 diciembre, regula en su artículo 25.3 los envíos postales abandonados. El hallazgo de aeronaves o de sus restos se regula por la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (arts. 137 a 141). La Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español sobre el hallazgo de restos arqueológicos (arts. 40 a 45).

Respecto a los objetos arrojados al mar o arrojados por las olas a las playas de cualquier naturaleza que sean el artículo 617 CC remite a las leyes especiales. Regulan esta materia la Ley 60/1962, de 24 de diciembre de 1962, sobre régimen de auxilios, salvamentos y remolques, hallazgos y extracciones marítimas (arts. 19 a 22, 47 a 50) y la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas [(arts. 3.1.b) y 4.1] conforme a estas disposiciones los productos del mar, conchas, plantas y mariscos son del primer ocupante; pero todo lo que no siendo producto del mar, y no teniendo dueño conocido, sea objeto de hallazgo en el mar o en su orillas, donde hubieren sido arrojados por las olas (pertrechos de buques naufragados, anclas perdidas, etc.) pertenecen al Estado.

Los saldos y depósitos bancarios abandonados pertenecen al Estado. Así se establece en el artículo 18 LPAP: «1. Corresponden a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de 20 años».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.4. El tesoro oculto

El hallazgo de tesoro está sujeto a un régimen jurídico especial en el Código Civil, esta normativa especial del tesoro lo aparta del hallazgo y por ello el artículo 610 remite al artículo 351 CC, ubicado dentro del título II «de la Propiedad» del libro II del Código (Díez-Picazo y Gullón). El artículo 352 CC da un concepto de tesoro: «Se entiende por tesoro, para los efectos de la ley, el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya pertenencia legítima no conste».

El artículo 610 lo estima susceptible de ocupación, y el art. 614 dice que «el que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 351». El artículo 351 CC establece que: «El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare». Pero se establece la excepción de que: «Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor.

Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las ciencias o las artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá de conformidad a lo declarado».

No se aplicará la normativa del tesoro oculto ex artículo 351 CC al hallazgo de objetos y restos materiales que posean valores para el patrimonio histórico español, puesto que la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en sus artículos 41.3 y 44, establece su condición de bienes de dominio público y excluye expresamente la aplicación de la normativa del artículo 351 CC.

2.3.3. La ocupación de inmuebles

Solo son susceptibles de ocupación los bienes muebles, puesto que los inmuebles que carecieren de dueño «pertenecen a la Administración General del Estado» (art. 17.1 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquella a través de los trámites prevenidos en el párrafo *d*) del artículo 47 de esta ley (art. 17.2 LPAP). La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero (art. 17.3 LPAP). Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil (art. 17.4 LPAP).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3. LA TRADICIÓN

3.1. Concepto

El Código Civil menciona la *tradición* en el artículo 609 CC, si bien la regula dentro del libro IV «De las obligaciones y contratos» en los artículos 1462, 1463 y 1464 en sede del contrato de compraventa.

En su acepción gramatical, *tradición* proviene del verbo latino *tradere* («poner en manos de otro») que equivale a la *transmisión o entrega* de la cosa *por cualquier título.*

En su acepción jurídica: se entiende por tradición no solo la mera entrega material de una cosa, sino la transmisión jurídica, y no por cualquier causa, sino con estricta finalidad traslativa (Castán); no hay que identificar la tradición con la simple entrega, puesto que la entrega de una cosa puede tener diversas finalidades. Por ejemplo, en los contratos de depósito o comodato, la entrega que es necesaria para su constitución no es tradición.

3.2. Función de la tradición

La función básica de la tradición es proporcionar al adquirente el control jurídico de la cosa y en consecuencia privar del mismo al transmitente. Además, la tradición tiene la virtualidad de situar fuera de la causa de transmisión (el contrato) la fuerza traslativa y así facilitar la comprobación de la transmisión por datos que no dependen exclusivamente de la voluntad de las partes (Miquel González). Asimismo, la tradición sirve de signo de recognoscibilidad puesto que permite al resto de ciudadanos tener conocimiento de que ha tenido lugar la transmisión del dominio o de un derecho real (Atienza Navarro).

3.3. Elementos

En la tradición se distinguen tres elementos (Castán):

a) Acuerdo voluntades *de las partes en transmitir y adquirir respectivamente la propiedad (y demás derechos reales).* Es en el contrato antecedente donde se manifiestan las voluntades que darán lugar a la obligación de entrega (art. 1095 CC).

b) La justa causa de la tradición. En el sentido de que solo «ciertos contratos» a los que alude el artículo 609 CC, pueden dar lugar a la tradición. Estos son los denominados contratos trasmisivos o traslativos del dominio: la compraventa, la donación y la permuta.

c) La ejecución de ese acuerdo mediante la *transmisión de la posesión jurídica* que no siempre requiere la transmisión *material o corporal*. En este

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

sentido, Montés dice que si bien en su origen la tradición fue una entrega material con el tiempo se espiritualizó.

3.4. La teoría del título y el modo

El sistema del «título y el modo» tiene su origen en el Derecho romano, y viene a decir que en ningún caso la tradición (entrega de la cosa) por sí sola sirve para transmitir el dominio si no va precedida de un negocio jurídico causal (antecedente) que sirva para justificar la transmisión (Díez-Picazo y Gullón). Es necesaria la presencia de dos elementos, ya que es un sistema que es de formación compleja:

1) El título es el contrato antecedente[3] o título, también denominado como causa remota o *iusta causa*. Este negocio jurídico consiste en un contrato de finalidad traslativa como la compraventa, la donación o la permuta.
2) El modo es el traspaso posesorio, también conocido como causa próxima, o tradición o *traditio*. La tradición es sinónimo de desplazamiento posesorio o entrega de la cosa. Para que la tradición transmita la propiedad de la cosa es necesario, además del acto material, un acto volitivo, la intención de las partes de transmitir y adquirir la propiedad en virtud de una justa causa (Pérez Álvarez).

La conjunción de ambos elementos determina la transmisión de la propiedad o del derecho real de que se trate: si solamente ha existido título el adquirente tendrá un derecho de crédito frente al transferente, del que pueden nacer obligaciones como la entrega de la cosa, pero no un derecho real: no será propietario. El sistema del título y el modo protege sobre todo la posición del enajenante porque, en caso de que el negocio causal sea nulo o inexistente, tendrá a su favor la acción reivindicatoria (Pérez Álvarez).

Ej.: este es el caso de quien celebrado un contrato de compraventa, ha pagado el precio de la cosa (un coche) y el vendedor no la ha entregado. Al faltar el modo, no se ha transmitido la propiedad del coche. No obstante, el comprador dispone a su favor de las obligaciones propias de la compraventa, en cuya virtud podrá utilizar la vía del artículo 1124 CC, ante el incumplimiento del vendedor para reclamar la cosa. El comprador no propietario no podrá utilizar la acción reivindicatoria para reclamar la entrega del coche, puesto carece de la condición de propietario.

Si solo ha existido modo, pero no título válido, habrá un traspaso posesorio pero no una verdadera transmisión de propiedad o del derecho real. Hay casos en que habiendo entrega de la cosa no hay tradición porque el título usado (arrendamiento, comodato, depósito) no era idóneo para la transmisión de la propiedad: ej., cuando la cosa depositada se devuelve al depositante, hay un cumplimiento

3. En el art. 609 hay una referencia al título cuando dice «y como consecuencia de ciertos contratos [...] mediante la tradición».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de la obligación, pero no hay *traditio*. Tampoco en el caso de que se haya declarado la nulidad de contrato o título. Tampoco hay título cuando en los supuestos de nulidad, anulabilidad y rescisión

3.5. Clases de tradición

La tradición supone la entrega material de la cosa, la puesta de la cosa «poder y posesión» del comprador, sin embargo, en el Código podemos encontrar, junto con la entrega física de la cosa, otras formas espiritualizadas que se asimilan a la entrega. Las modalidades de tradición que podemos encontrar en el Código Civil son las siguientes (Díez-Picazo y Gullón 2001):

1.º Tradición real. Es la entrega real y efectiva, la entrega material del bien, que puede tener varias facetas: la aprehensión u ocupación de un inmueble y el «paso mano a mano» de los muebles. Lo que el Código Civil llama «puesta en poder y disposición» (art. 1462.1).

2.º Tradición espiritualizada. En el Código Civil se prevén una serie de supuestos en los que la transmisión del dominio ya no va ligada al traspaso material de la cosa. Son equivalentes a la entrega de la cosa:

a) En la venta mediante escritura pública su otorgamiento equivale a la entrega objeto de la misma, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario (art. 1462.2).

b) La entrega de llaves del lugar en que se hallen guardados los bienes muebles (art. 1463), aunque también cabría ampliar y extender este supuesto a la entrega de llaves de los inmuebles.
En ese sentido, la STS de 14 marzo de 2003 (RJ 2003/2747) establece que «Las fórmulas reducidas de tradición que refiere el artículo 1462 del Código Civil no son numerus clausus y comprende diversas modalidades como son la entrega de llaves».

c) El acuerdo de las partes contratantes si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la compraventa (art. 1463).

d) La expresión en el contrato de que «el comprador ya tenía en su poder por algún otro motivo» (*traditio brevi manu*) (art. 1463). Ej.: alguien compra una motocicleta a un amigo que se la había dejado una temporada en virtud de un contrato de comodato. El ahora comprador todavía no había devuelto la moto a su propietario y todavía la tenía en su cochera.

e) En el caso de los bienes incorporales equivale a la tradición: la entrega de los documentos de pertenencia o el otorgamiento de escritura pública (art. 1464).

La STS 23 noviembre 2012 (RJ 2013/183): «La tradición instrumental que prevé el segundo párrafo del artículo 1462 del Código civil, se produce por el

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

otorgamiento de la escritura pública, aunque el vendedor no tenga la posesión material de la cosa transmitida. […] La equivalencia entre tradición y otorgamiento de escritura preceptuada en el artículo 1462.2º, no opera cuando el vendedor no tiene la posesión a título de dueño de la cosa, pero no obsta a la equivalencia que la posesión, en su vertiente directa o de hecho, corresponda a otra persona en virtud de un derecho concedido por el vendedor, siempre y cuando así se haya hecho saber al comprador».

3.6. Efectos de la tradición

Según Miquel González, la tradición produce los siguientes efectos.

En primer lugar, es un modo derivativo de adquisición (o transmisión) del dominio y otros derechos reales (cuando el transmitente es el verdadero dueño).

Además, en aquellos casos en que el transmisor no sea el verdadero dueño, aunque no podrá transmitir la propiedad, sí que podrá transmitir la posesión. Si esta se tiene en concepto de dueño, servirá para poder adquirir la propiedad si llegan a cumplirse los requisitos exigidos por el Código para la usucapión.

> Ej.: este sería el caso de que quien transmite no es el verdadero dueño, en este caso no transmite la propiedad, pero como sí que transmite la posesión en concepto de dueño, esto permitirá que el adquirente se convierta en propietario por usucapión una vez cumplidos los requisitos exigidos por el código.

En el *Derecho de Obligaciones*, la tradición tiene valor de cumplimiento de la obligación de entrega. El vendedor está obligado a la entrega de la cosa objeto de la venta (art. 1461 CC).

3.7. Requisitos de la tradición

A. Personales: que el transmitente o *tradens* esté en posesión de la cosa que se entrega. Además, el transmitente ha de ser propietario de la cosa. Si el transmitente no es propietario de la cosa no puede transmitir la propiedad de la cosa, sin embargo, sí que transmitirá la posesión, que será en concepto de dueño, es decir *ad usucapionem* (que servirá para adquirir la propiedad por usucapión).
   Que transmitente y adquirente, o *accipiens*, tengan capacidad e intención para transmitir y recibir respectivamente.

B. Reales: que se trate de cosas susceptibles de enajenación, que se encuentren dentro del comercio de los hombres *intra comercium*.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4. LA USUCAPIÓN

4.1. Concepto y regulación

La prescripción o usucapión es un modo originario de adquirir la propiedad o un derecho real sobre una cosa por su posesión durante el tiempo y en las condiciones previstas por la ley (Albaladejo). De modo que el usucapiente que durante todo ese tiempo y con esas condiciones viene comportándose como si fuera titular del derecho que se trate, bien sea como propietario o como usufructuario en su caso, adquirirá finalmente la condición de verdadero titular. El término «usucapión» o *usucapio* proviene del latín *usus* y *capere*, es decir, «adquirir por el uso».

En otro sentido, la voz prescripción se configura como un modo de extinción de derechos y acciones. Estos se extinguen como consecuencia de su falta de ejercicio durante el período de tiempo marcado por la ley. Para evitar confusiones entre ambas instituciones lo aconsejable es reservar el término prescripción para la extintiva y el término usucapión para la adquisitiva.

La usucapión y la prescripción extintiva son figuras distintas, con distintas finalidades y diferente régimen jurídico (Díez-Picazo). No obstante, ambas modalidades de prescripción aparecen contempladas en el artículo 1930 CC: «Por la prescripción se adquieren de la manera y con las condiciones determinadas por la ley, el dominio y los demás derechos reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones de cualquier clase que sean».

El Código Civil regula la prescripción en sentido amplio en el libro IV, título XVII, en tres capítulos. El capítulo I, «Disposiciones generales», artículos 1930 a 1939, contiene normas sobre la prescripción en general, y es de aplicación común a ambos tipos de prescripción. El capítulo II, «De la prescripción del dominio y demás derechos reales», artículos 1940 a 1960, regula la prescripción adquisitiva. Finalmente, el capítulo III, «De la prescripción de las acciones», artículos 1961 a 1975, regula la prescripción extintiva.

El Código Civil, al regular la prescripción adquisitiva, no utiliza el término usucapión que sin embargo está perfectamente consolidado en la doctrina y en jurisprudencia. Asimismo, el Código Civil español, a diferencia del *Code* francés, regula separadamente la prescripción adquisitiva o usucapión (libro IV) y la posesión (libro II). No obstante, para determinar los requisitos de la posesión para poder usucapir hay que recurrir a la regulación de la posesión de los artículos 340 y ss. CC (Roca i Trias).

4.2. Fundamento de la usucapión

El interés general exige que los derechos se ejerciten dentro de un tiempo oportuno, que nadie trate de resucitar extemporáneamente antiguas pretensiones o antiguos títulos, de los que puede haberse perdido la memoria y que son de difícil prueba. Es necesario que se garantice la tranquilidad de los actuales

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

poseedores, que no se vean expuestos a acciones judiciales más allá del tiempo razonable. En caso contrario nadie estaría nunca seguro de haber adquirido efectivamente, lo que repercutiría en el comercio de las cosas (Díez-Picazo). La seguridad del tráfico jurídico hace aconsejable que quien durante un tiempo determinado y cumpliendo determinadas condiciones aparece como titular del derecho, se convierta en su verdadero titular aun cuando aquellos derechos en verdad no le pertenecieran (Albaladejo).

Las SSTS 13 abril 1956 y 11 julio 1960 establecen que «la prescripción sirve a la seguridad del derecho y que sin ella nadie estaría a cubierto de pretensiones sin fundamentos o extinguidos de antiguo, lo que exige que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas».

4.3. Objeto de la usucapión

Según el artículo 1936 CC, «son susceptibles de prescripción todas las cosas que estén en el comercio de los hombres»; pero habida cuenta que la usucapión se produce en virtud de la posesión, ha de relacionarse el anterior precepto con el artículo 437 CC, que amplía su contenido al decir que «pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación» (Albaladejo).

a) *Derechos usucapibles*. Solo pueden ser objeto de prescripción el dominio y aquellos derechos reales que sean susceptibles de posesión, en el sentido de ser ejercitables mediante una influencia directa sobre las cosas que recaen (Luna Serrano).
En cuanto a los derechos reales susceptibles de usucapión, el Código, además del dominio, solo enumera como susceptibles de usucapión el usufructo (art. 468), uso, habitación (art. 528) y las servidumbres, excepto las no aparentes y las discontinuas aparentes o no (arts. 537 a 539). Respecto de los otros derechos reales nada dice el Código, si bien Díez-Picazo y Gullón entienden que el *derecho de superficie, la prenda y el censo enfitéutico* pueden ser usucapidos. No serán usucapibles los derechos reales que no sean susceptibles de posesión como la nuda propiedad, la servidumbre negativa, el derecho de hipoteca o los derechos reales de adquisición (Luna Serrano).
No son usucapibles los derechos de créditos, ni tan siquiera aunque sean poseibles como el arrendamiento, la renta vitalicia, el comodato, etc. Puesto que la ley solo admite la usucapión para los derechos reales (arts. 609.3, 1930.1, 1940, 1955 y 1957) (Albaladejo).

b) *Cosas usucapibles.* El artículo 1936 dice que «son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres». Pero, igual como sucede con los derechos, tampoco se podrán usucapir las cosas no poseibles.
Se excluyen los bienes de dominio público a los que el artículo 132.1 CE declara imprescriptibles. Asimismo, el artículo 5.a LPAP establece que los

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

bienes de dominio público están sometidos a los principios de «inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad». Por el contrario, los bienes propios del Estado que no estén incluidos dentro de la categoría de bienes de dominio público, es decir, los denominados patrimoniales del Estado, sí que pueden ser adquiridos por usucapión (Roca i Trias).
Los bienes muebles como son susceptibles de posesión también pueden adquirirse por prescripción.

4.4. Los elementos personales de la usucapión

Los sujetos de la prescripción, son el poseedor que adquiere el dominio y el antiguo titular del derecho que pierde titularidad sobre la cosa. Pueden adquirir bienes o derechos por medio de la prescripción las personas capaces de adquirir por los demás modos legítimos (art. 1931). La prescripción ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás (art. 1933).

En el caso de la prescripción extintiva, los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluso las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley (art. 1932).

4.5. Clases de usucapión

a) *Ordinaria y extraordinaria.* La concurrencia —o no— de buena fe y justo título en la posesión permite distinguir entre la usucapión ordinaria o breve y la extraordinaria. Para la prescripción adquisitiva ordinaria se exigen los siguientes requisitos: posesión, de buena fe y con justo título para poseer (arts. 1940, 1955 y 1957 CC). Será extraordinaria aquella usucapión que se funda exclusivamente en la posesión, y por tanto no requiere buena fe ni justo título (arts. 1955 y 1957 CC), pero en contrapartida los plazos para usucapir son más largos (Roca i Trias). No obstante, en ambas modalidades se exige el requisito de que la posesión sea «en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida» (art. 1959 CC).
En el libro V del Código Civil de Cataluña solo existe una modalidad de usucapión equivalente a la extraordinaria del Código Civil, puesto que no exige ni buena fe ni justo título (art. 531-24) si bien su plazo es de 20 años para los inmuebles y de tres para los muebles (art. 531-27).

b) *Mobiliaria e inmobiliaria.* En virtud de la naturaleza del bien se establece un diferente régimen jurídico para la usucapión. La diferencia más acusada se refiere a los plazos de posesión, que son menores para la mobiliaria que para la inmobiliaria.

c) *Usucapión del dominio y usucapión de los derechos reales sobre cosas ajenas*. Por su objeto, la prescripción adquisitiva puede entrañar la adquisición del derecho real pleno o derecho de propiedad o referirse a simples derechos reales sobre cosas ajenas.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4.6. Requisitos comunes a toda usucapión

Los requisitos comunes a la usucapión ordinaria y a la extraordinaria se refieren a la posesión, que debe cumplir unas condiciones, y la existencia de un plazo (Roca i Trias).

A. La posesión

Tanto para la prescripción ordinaria (arts. 1940, 1955 y 1957) como para la posesión extraordinaria (arts. 1955.2 y 1959) se requiere la posesión de las cosas por el usucapiente. Esta posesión ha de relacionarse con el concepto legal de posesión civil contenida en el artículo 430 CC, puesto que ahora se trata de adquirir mediante la misma los derechos sobre las cosas (Luna Serrano). Esta posesión además debe reunir los requisitos del artículo 1941 CC, a cuyo tenor ha de ser «en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida».

1.º *En concepto de dueño*. Significa que para usucapir, la posesión ha de tenerse en concepto de dueño de la cosa poseída (si se usucape la propiedad) o de titular del derecho que se posea (arts. 1941 y 447 CC) (Albaladejo). Son numerosos los supuestos en los que la jurisprudencia niega la posibilidad de usucapir por no tener el *animus domini* al representante o mandatario (STS 8 diciembre 1932), al administrador (STS 2 julio 1928), al arrendatario y el usufructuario (SSTS 3 mayo 1904; 18 octubre 1923 y 23 junio 1965).
Faltará la posesión en concepto de dueño, según el artículo 1942 CC, si los actos de carácter posesorio son ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño o del titular del derecho (Albaladejo). Los actos ejecutados en virtud de licencia son aquellos en los que el acto posesorio se efectúa con apoyo en un título específico que lo autoriza (arrendamiento, depósito, comodato o mandato); los actos de mera tolerancia se deben a la benevolencia del titular y se amparan en relaciones familiares, de amistad o de buena vecindad (Luna Serrano). Un supuesto es el precario en virtud del cual se permite a un hijo vivir gratuitamente en un apartamento propiedad de sus progenitores.

2.º *Pública.* El poseedor ha de realizar actos que exterioricen su condición de dueño o titular del derecho. Es decir, que no se disfrute de manera oculta (art. 444 CC). La publicidad no se refiere solamente al hecho de la posesión sino también al concepto en que se posee. La publicidad no solamente se exige al comienzo de la posesión sino que debe acompañar a aquella durante todo el tiempo que dure (Albaladejo). La STS 29 noviembre 1968 se refiere a «actos ejecutados a espaldas del dueño de la cosa» como actos que no deben aprovechar al acreedor. Si la posesión comenzada de modo clandestino u oculto luego se lleva a cabo de modo evidente, se purga a efectos de la usucapión desde el momento de la desaparición de la clandestindad (Luna Serrano).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3.º *Pacífica.* La ley rechaza la adquisición violenta de la posesión (arts. 441 y 444 CC). El carácter pacífico de la posesión significa que el poder de hecho no se mantenga por la fuerza. Se trata de aquellos supuestos de perturbación o molestia que darían lugar a reaccionar, por parte del poseedor que los sufriera, mediante el ejercicio de las acciones posesorias (Luna Serrano). La iniciación violenta de la posesión también se purga con el transcurso de un año sin reacción por parte del despojado, y a partir de entonces se convierte en pacífica y podrá dar lugar a la usucapión (excepción hecha de las cosas hurtadas o robadas ex art. 1956 CC) si puede poseer la cosa en concepto de dueño (Albaladejo). Ej.: el dueño de una finca que al vallarla incluye una porción de la parcela de su vecino se convierte en poseedor pacífico al cabo de un año si el anterior poseedor no ha reaccionado ante el despojo.

4.º *Ininterrumpida.* Ello significa que la posesión no debe de haber cesado en el tiempo ni tampoco en ninguno de sus caracteres. La posesión quedará interrumpida y en consecuencia habrá que iniciar el cómputo de los plazos, en aquellos casos en que se produzcan hechos a los que la ley otorga virtualidad para interrumpirla (presentación de demanda). Estos supuestos se contemplan en los artículos 1943 a 1948.

B. El plazo o tiempo de posesión

Respecto al tiempo de posesión hay que distinguir dos aspectos, por una parte su duración y por otra su carácter ininterrumpido.

1.º *Plazo de la prescripción.* La posesión tiene que durar el plazo que marque la ley, y además tendrá que tener carácter continuado durante la vigencia de aquel. El plazo varía según que se trate de una usucapión ordinaria o extraordinaria y de su condición de bienes muebles o inmuebles.

En la usucapión ordinaria (con buena fe y justo título) de bienes muebles el plazo es de 3 años (art. 1955 CC). En el caso de inmuebles tenemos dos plazos, uno de 10 años referido a la prescripción entre presentes, y otro de 20 para la que tiene lugar entre ausentes (art. 1957 CC). Los conceptos de ausente y presente se refieren a que uno de ellos resida en el extranjero (art. 1958 CC).

En la usucapión extraordinaria (sin buena fe ni justo título) de bienes muebles el plazo es de 6 años (art. 1955.2 CC), mientras que para los inmuebles es de 30 años (art. 1959 CC).

Otro plazo diferente es el de 20 años, que se establece para el caso de la usucapión de servidumbres continuas y aparentes (art. 537 CC).

Respecto al cómputo del tiempo se observarán las reglas siguientes (art. 1960 CC):

> 1.ª El poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.ª Se presume que el poseedor actual que lo hubiere sido en época anterior ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.
3.ª El día en el que comienza a contarse el tiempo se tiene por entero, pero el último debe contarse en su totalidad.

La titularidad se adquiere cumplidos los plazos, pero existe la opinión general de que adquirido el título, los efectos se retrotraen al momento en que se comenzó a poseer.

2.º *La interrupción del tiempo de posesión*. La posesión para usucapir ha de ser ininterrumpida (art. 1941). Es decir, que durante todo el plazo que dura la posesión esta no ha de sufrir ningún tipo de interrupción. Si la posesión *ad usucapionem* se interrumpe, el período de tiempo transcurrido deja de ser útil a los efectos de la usucapión y si se recupera otra vez hay que empezar a computar de nuevo (Roca i Trias).

Ej.: si A ha poseído durante 9 años con todos los requisitos de la usucapión ordinaria para inmuebles y se interrumpe la posesión a un año de cumplirse el plazo de 10 años, se inutiliza el período transcurrido y, en el caso de que nuevamente recupere la posesión tiene que empezar a contar desde cero para que transcurra el plazo de 10 años que necesita para poder usucapir.

3.º *Modos de interrumpir de la prescripción*. La posesión apta para usucapir, tanto en prescripción ordinaria como la extraordinaria, ex artículo 1941 es «en concepto de dueño, pública y pacífica» deja de tenerse en cuenta a los efectos de usucapión cuando se interrumpe por alguno de los motivos previstos en el artículo 1943 CC. La interrupción de la usucapión cancela todo el tiempo anterior poseído y, en todo caso, de reaparecer una nueva situación apta para usucapir habrá que reiniciar desde cero el tiempo necesario para usucapir (Luna Serrano).

En el Código Civil aparecen varias modalidades de interrupción de la prescripción, así en el art. 1943 se determina que «la posesión se interrumpe, para los efectos de la prescripción, natural o civilmente».

La interrupción natural se refiere a una situación fáctica de carácter material. Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año (art. 1944 CC). Este precepto exige tener en cuenta las causas que, según el artículo 460 CC, provocan la extinción de la posesión (Roca i Trias). Según el artículo 460, «El poseedor puede perder su posesión: 1) Por abandono de la cosa. 2) Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito. 3) Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar esta fuera del comercio. 4) Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año».

La interrupción civil se refiere a situaciones de carácter y significado formal (Luna Serrano). Esta modalidad de interrupción tiene lugar:

a) Por la citación judicial hecha al poseedor […] (art. 1945 CC). En esta citación judicial se le ha de notificar el inicio de un proceso en

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

el que se ejercita una acción real contra la usucapión en curso. En ese caso, en verdad lo que interrumpe la usucapión es la posterior sentencia firme contra el usucapiente (Díez-Picazo y Gullón).

b) Por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el juez la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada (art. 1947 CC), y posteriormente se confirme en sentencia.

c) Por cualquier reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciere del derecho del titular (art. 1948 CC).

En el caso de la notificación judicial el plazo se contará a partir de la firmeza de la sentencia.

4.7. Requisitos específicos de la usucapión ordinaria

Los plazos de la usucapión ordinaria son más breves que en la ordinaria, puesto que se exigen más requisitos en la posesión del usucapiente (Roca i Trias). En el artículo 1940 CC se formula con carácter general los requisitos exigidos para este tipo de usucapión: «poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley». Un excepción tiene lugar en el caso de los bienes muebles: solo se exige la buena fe sin justo título (art. 1955 CC), puesto que su posesión equivale al justo título (art. 464.1. CC). Por el contrario, en la usucapión ordinaria o breve de inmuebles se exige tanto la posesión de buena fe como el justo título (art. 1957 CC).

La buena fe del poseedor *ad usucapionem*, consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio (art. 1950 CC). Es decir, que se hace referencia al doble requisito del conocimiento de la titularidad del transferente sobre el derecho real y a su poder de disposición, su legitimación para transferir (Luna Serrano).

El artículo 1951 CC remite a la regulación de la buena fe en la posesión, artículos 433 a 436, de manera que a la posesión *ad usucapionem* se le aplican las reglas generales de la posesión (Albaladejo):

a) se presume la buena fe, salvo prueba en contrario (art. 434),

b) se presume también salvo prueba en contrario que se sigue poseyendo de buena fe la posesión que se inició de buena fe (art. 436).

La buena fe debe tenerse no solamente al principio de la usucapión, sino durante todo el tiempo en que esta dure (Albaladejo).

El justo título para usucapir ha de cumplir los siguientes requisitos:

a) Ha de ser legalmente bastante para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate (art. 1952). El título ha de tener eficacia traslativa del dominio —*iusta causa traditionis*— como la compraventa, la donación, la dación en pago, la partición de herencia, etc. No constituyen justo

título para usucapir todos aquellos negocios que no provoquen una transferencia del dominio o de un derecho real como el contrato de arrendamiento o el comodato. Como el justo título por sí solo no transfiere el dominio ha de entenderse en un sentido global con el consiguiente complemento de la tradición (Luna Serrano). La referencia a «legalmente bastante» ha de entenderse referida exclusivamente a los requisitos objetivos del título, a que por sí mismo tenga virtualidad para transmitir el dominio, aunque luego ese título válido y bastante sea ineficaz por existir un vicio originario como la falta de titularidad (vendedor no propietario) o de poder de disposición del transmitente. Precisamente, para subsanar esta clase de defectos las leyes han establecido la prescripción (STS 30 marzo 1943).

Ej.: si alguien vende una finca de su propiedad, si el comprador ignora la falta de legitimación del vendedor y el título carece de defectos por cumplir los requisitos externos que requiere la ley, la usucapión permitirá sanar este defecto.

Además, debe haber una perfecta identidad entre el bien que es objeto del título y del que es objeto de posesión (Luna Serrano). Así pues, hay casos en que el justo título puede ser insuficiente para usucapir la finca por entero. Ej.: si el título no comprende una parte de la finca que se está poseyendo por entero (STS 30 mayo 1958, 11-feb-1968, 7-feb-1985).

b) El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido (art. 1953). La veracidad del título supone que ha de tener una existencia real. No puede estar afectado de ningún vicio que lo haga nulo o que permita su anulación, puesto que el título nulo no transmite derecho alguno (Díez-Picazo y Gullón). Tampoco es verdadero el título simulado o el falso como el documento que ha sido arteramente confeccionado para justificar sobre su apariencia la posesión. Finalmente, tampoco es verdadero el título rescindible que ha sido objeto de rescisión antes de cumplirse el tiempo de la usucapión (Luna Serrano).

La validez y la eficacia del título son cuestiones diferentes: la validez del justo título se refiere a su perfección en cuanto a las condiciones legales del otorgamiento del negocio en sí (consentimiento, objeto y causa: art. 1261), de la legitimación para llevarlo a cabo o de su contenido (licitud, moralidad u orden público: ex art. 1255). La falta de eficacia del título objetivamente válido es precisamente lo que trata de subsanar la prescripción adquisitiva. La usucapión ordinaria sirve para subsanar los defectos de eficacia como la falta de capacidad de disponer. De otro modo sería inútil la usucapión (Luna Serrano).

La validez claudicante del justo título significa que este deja de serlo, cuando el negocio anulable o rescindible ha sido objeto de impugnación judicial con el resultado de que ha sido declarado nulo o se ha determinado su rescisión. Pero en el caso de que aquel título viciado no hubiese sido cuestionado, al haber sido celebrado válidamente aunque con validez claudicante (arts. 1300 y 1290), conformaría el justo título para usucapir por la vía abreviada u ordinaria (Luna Serrano). Así lo declaran las SSTS 13 mayo 1963 y 6 junio 1969.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El justo título ha de resultar probado. La existencia del justo título ha de probarse por el interesado, puesto que no se presume nunca (art. 1954). Como la usucapión abreviada es un mecanismo privilegiado por la brevedad de sus plazos, en compensación el usucapiente tiene la carga de probar la concurrencia de todos los requisitos que afecten al título.

4.8. Requisitos para la prescripción extraordinaria

En el caso de la usucapión extraordinaria a cambio de poseer durante unos plazos más prolongados que la ordinaria, no se exigen los requisitos de la buena fe y el justo título (Albaladejo). Sin embargo, en este tipo de usucapión la posesión ha de continuar cumpliendo los requisitos del artículo 1941 CC, de modo que ha de ser «en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida».

No pueden usucapirse, ni por la vía extraordinaria las cosas que por estar fuera del comercio no son apropiables (art. 333), ni los bienes comunales, tampoco son prescriptibles los derechos reales que no son susceptibles de posesión como la adquisición preferente (Luna Serrano).

La STS 5 de febrero de 2010 (RJ 2010/523) establece: «Para la usucapión extraordinaria no se requiere justo título ni buena fe pero sí que la posesión pública ininterrumpida lo haya sido en concepto de dueño (arts. 1941 y 447 CC). Según la jurisprudencia de esta Sala, para que exista posesión en concepto de dueño no basta la pura motivación volitiva o intención de ser dueño, sino que es preciso además el elemento objetivo o causal consistente en la existencia de actos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico, actos que solo el propietario puede realizar, presentándose en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa (STS 17-5-02 [RJ 2002/5343] con cita en ambas de otras muchas)». La posesión que se predica desde la década de 1950 solo podría considerarse como la de alguien meramente asentado en el lugar (STS 2-7-91 [RJ 1991/5315]) por mera tolerancia de la RENFE, entonces propietaria, no aprovechando en consecuencia para la usucapión (art. 1942 CC y SSTS 19-6-84 [RJ 1984/3251], 20-11-64).

En el Código Penal se establecen los denominados delitos de usurpación en los artículos 245 a 247. En el 245 se dice que «1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado. 2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses».

En mi opinión, se tendría que aplicar en estos casos por vía analógica lo establecido en el artículo 1956 para los bienes muebles robados o hurtados: la exigencia de la prescripción del delito para que pueda operar la usucapión. En el Código Civil de Cataluña los plazos de posesión para usucapir «un bien hurtado, robado u objeto de apropiación indebida no empiezan a contarse hasta que ha

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

prescrito el delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil» (art. 531-27).

4.9. Otros aspectos relativos a la usucapión

A. *La posibilidad de renunciar a la usucapión ganada*

Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar a la prescripción ganada, pero no al derecho de prescribir para lo sucesivo (art. 1935 CC). Los acreedores y cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario con ello se trata de evitar que la renuncia a la prescripción perjudique a terceros (art. 1937 en relación con el art. 6.2 CC).

B. *La usucapión liberatoria*

La usucapión liberadora o usucapión de la libertad (*usucapio libertatis*) de un gravamen consiste en que quien posee como libre una cosa, que en realidad está gravada con un derecho real de otra persona (*v. gr*. un derecho real en cosa ajena), puede convertirse en dueño libre de la misma con el transcurso del tiempo fijado por la ley. Es decir, que consigue (usucape) la liberación del gravamen (Albaladejo).

La *usucapio libertatis*, según Albaladejo, puede funcionar de dos modos: 1) como usucapión *unitaria*, si C posee, por ejemplo, en concepto de dueño y con buena fe y justo título, como libre, la finca de A, sobre la que B tiene una servidumbre. Cumplidos estos requisitos C adquiere el dominio unitaria y totalmente (sin gravamen) al cabo de diez años (entre presentes) (art. 1957), perdiendo A su propiedad y B su servidumbre. Y 2) como usucapión liberatoria en sentido estricto, en el caso de que A sea dueño de una finca gravada con la servidumbre de B, y tras haberla poseído como libre durante veinte años, se libera del gravamen (art. 537). En este último caso se produce la paradoja de que cuesta más tiempo liberarse del gravamen, que adquirir la propiedad entera; esto se debe a que la usucapión de las servidumbres se rige por plazos especiales.

El fundamento de esta usucapión, que no aparece contemplada en el Código, es el mismo que el de la prescripción normal, de modo que igual que mediante la posesión se puede usucapir el dominio o un derecho real, también se puede usucapir, mediante la posesión los derechos reales que corresponden a otro en nuestra cosa (Albaladejo).

Se usucape lo que se posee y en la extensión en que se posee, en virtud del principio *tantum praescriptum quantum possessum.* Por lo tanto, si alguien posee un bien como libre (aún a pesar de estar gravado), no puede adquirir el dominio de ese bien (puesto que ya lo tiene), pero sí que puede adquirir las facultades que integrarían el derecho en cosa ajena y al recuperar

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

estas facultades se produciría la consiguiente extinción del derecho en cosa ajena (Albaladejo).

La *usucapio libertatis* es una prescripción adquisitiva, puesto que se adquieren las facultades que integraban el derecho de otra persona y se integran en su dominio (del usucapiente), por lo tanto la usucapión liberatoria deberá reunir los requisitos y plazos de la prescripción adquisitiva (Albaladejo). La *usucapio libertatis* puede ser de bienes muebles o inmuebles, y ordinaria o extraordinaria (Albaladejo). Por otro lado, extraño y todo, no lo es más de lo que lo es el que se tarde más en usucapir un derecho limitado (el de servidumbre: veinte años, art. 537) que la propiedad entera (diez años, art. 1957), y de que esto es así, no cabe duda.

La SAP Castellón (S. 3.ª) 4 marzo 2011 (AC 2011/1156) contempla un supuesto de *uscapio libertatis* relativa a un censo enfitéutico: «Teniendo en cuenta que nada se reclamó al censatario ni a sus causahabientes desde tal fecha y que, puesto que estaba sometida a enfiteusis, la finca venía poseyéndose a título de dominio útil, desde la indicada fecha transcurrió el plazo de treinta años que exige el art. 1959 CC para la adquisición de la propiedad a falta de título; en el bien entendido de que nos referimos a título de pleno dominio, pues en el anterior fundamento de derecho hemos visto que, siendo titulares de la enfiteusis y por ello censatarios, del dominio útil ya disponían. Por el transcurso del tiempo se produjo la consolidación del dominio útil y del directo, por la llamada "usucapio libertatis" de los censatarios».

C. *La sucesión en la usucapión*

El Código admite la sucesión en la posesión *ad usucapionem,* puesto que los plazos para usucapir no tienen carácter es personal, sino carácter objetivo; de modo que es posible sumar los tiempos de posesión del actual poseedor y las de su causante (transmitente) a fin de completar el plazo legítimamente establecido (art. 1960.1.º). La sucesión en la posesión podrá tener lugar: por sucesión testamentaria (art. 440) o por negocio jurídico *inter vivos* (art. 460.2).

4.10. El efecto purificador de la usucapión

La usucapión borra el estado de derecho anterior y crea uno nuevo, en el que el titular del derecho pasa a serlo el usucapiente que ha cumplido los requisitos exigidos por la ley. En este sentido puede decirse que la usucapión tiene un efecto purificador de la situación anterior (Albaladejo). Este efecto convalidante no es absoluto:

1.° En la usucapión ordinaria lo único que se purifica es el hecho de que no sea el transmitente titular de la cosa usucapida. Por el contrario, la usucapión no convalida ni de los defectos del título, ni de defectos en la capacidad o

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

facultad de disponer el transmitente. Que solo se purificarán a través de la prescripción extraordinaria.

2.° En la extraordinaria sí que se convalidan los defectos que afecten al título y a la buena fe, puesto que el único requisito exigido es la posesión de la cosa en concepto de dueño «pública, pacífica e ininterrumpidamente» durante los plazos marcados por la ley. Esta modalidad de prescripción solo es atacable si a la posesión le falta alguno de estos requisitos ex artículo 1941 CC.

De acuerdo con lo anterior, si el verdadero dueño ejercita una acción reivindicatoria, esta solo prosperará cuando la usucapión, ordinaria o extraordinaria todavía no se haya consumado por concurrir los plazos y los requisitos exigidos por la ley.

5. LA ACCESIÓN

5.1. Concepto

La accesión es un modo originario de adquirir solo el dominio. El artículo 609 CC no recoge la accesión como modo de adquirir. Está regulada en el Código Civil en el libro II, título II, capítulo II bajo el epígrafe «Del Derecho de accesión» (arts. 353 a 383 CC).

De acuerdo con el artículo 353: «La propiedad de los bienes da derecho por accesión, a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente». En este precepto se contempla bajo la denominación «derecho de accesión» un concepto genérico que se manifiesta de dos formas diferentes (López Vilas):

a) La denominada «accesión discreta», que es el derecho del propietario a hacer suyos los frutos que la cosa misma produce. Para Díez-Picazo este supuesto de apropiación de los frutos pertenece al régimen del disfrute de la cosa misma y es consecuencia del *ius fruendi* o derecho de disfrutar.

b) La «accesión continua» es la adquisición que el propietario realiza de todo aquello que se une o incorpora a la cosa, ya sea natural o artificialmente. Esta modalidad encuentra su justificación en que se hace imposible o sumamente gravosa la separación del elemento incorporado.

La yuxtaposición de ambos fenómenos tan diferentes en un mismo artículo es criticable, puesto que el término accesión debería aplicarse únicamente a la adquisición de una cosa por el propietario de la principal, a la cual se une o incorpora la otra en las condiciones que determina el Código Civil (Díez-Picazo y Gullón).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

5.2. Naturaleza jurídica

Pese a ser uno más de los modos de adquirir el dominio, la accesión no aparece regulada en el artículo 609 CC. López Vilas entiende que tal vez es debido a que si bien es cierto que con la accesión se adquiere la propiedad de una cosa, pero solo en cuanto que se es titular de un derecho de propiedad preexistente que recae sobre un bien al que ahora se le incorpora una cosa de forma inseparable. Se adquiere un nuevo derecho de propiedad basado en el que ya se tenía sobre una cosa, como efecto de la atracción real que esta realiza sobre aquella que se le une o incorpora.

El principio rector de la unión o incorporación de cosas es el que establece que lo accesorio sigue a lo principal (*acessorium sequitur principale)*; y cuando este principio se aplica a la tierra, al suelo, da origen a la máxima *superficies solo cedit*, el propietario del suelo hace suyo lo que se le incorpora. Además, el legislador ha tenido en cuenta el principio de la buena o mala fe con la que se realiza la unión o incorporación.

5.3. La accesión discreta

Es la accesión que se produce por medio de un movimiento de dentro hacia afuera. Está regulada en los artículos 354 a 357 del Código Civil. El propietario de una cosa hace suyos los frutos que esta produzca (art. 354 CC). Los frutos son todas aquellas consecuencias, rendimientos o utilidades que constituyen el aprovechamiento de una cosa conforme a su destino económico y sin alteración de su sustancia. La doctrina entiende que el régimen aplicable a los frutos es distinto al de accesión, puesto que aquellos no son sino una manifestación del derecho de disfrute que es una facultad del derecho de propiedad (Atienza Navarro). Realmente el propietario de una cosa es también propietario de los frutos que la misma produzca, sin que se pueda hablar de una nueva adquisición. Además, entre los frutos y la cosa principal no se dan los requisitos de la unión o incorporación irreversible de la cosa accesoria a la principal (López Vilas).

El Código Civil contempla varias modalidades de frutos en el artículo 355 CC:

> Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales.
> Son frutos industriales los que producen los predios de cualquiera especie a beneficio del cultivo o del trabajo.
> Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas.

La distinción entre frutos naturales e industriales responde a la visión rural y simplista del Código Civil, por lo que carece de sentido en nuestros días (López Vilas). Respecto de los frutos civiles, es evidente que tales frutos no nacen ni crecen adheridos a la cosa corporal de la que acaban separándose. En realidad

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

surgen como consecuencia de un contrato sobre la cosa fructífera. Los frutos civiles vienen a significar una renta de sustitución al sustituir por una suma de dinero las ventajas que tendría el dueño, usufructuario, etc., si utilizara directamente la cosa (López Vilas).

5.4. La accesión continua

Es la accesión que se produce como consecuencia de un movimiento de fuera hacia adentro. El propietario de una cosa hace suyo todo aquello que se le une o incorpora natural o artificialmente consecuencia de un hecho natural o de un acto humano. En el Código se regulan varias modalidades de accesión continua, agrupadas en tres bloques, teniendo en cuenta la condición de mueble o inmueble de los bienes que se unen.

A. Accesión natural en inmuebles

Se produce cuando a un bien inmueble se le incorpora algo como consecuencia de un hecho natural. El Código Civil solo regula la accesión fluvial, diferenciándose cinco categorías:

El *aluvión*, que es el efecto producido sobre los predios ribereños por la sedimentación de los materiales aportados paulatinamente por los ríos. Según el artículo 366 CC, el acrecimiento pertenece al predio ribereño que lo recibe.

La *avulsión*, frente al aluvión que supone un acarreo lento y paulatino, es una brusca mutación de tierras por efecto de una fuerza extraordinaria como una fuerte riada. El artículo 368 CC dice que «cuando la corriente de un río, arroyo o torrente segrega de una heredad de su ribera un porción conocida de terreno y lo transporta a otra heredad, el dueño de la finca a que pertenecía la parte segregada conserva la propiedad de esta».

El *cauce abandonado* aparece contemplado en el art. 370 CC: «Los cauces de los ríos, que quedan abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y de otras». De esta forma desaparece un cauce que de dominio público pasa a transformarse en privado.

La *mutación de cauce* es el efecto producido cuando un río navegable, de forma natural, varía su cauce inundando un predio; en este caso el cauce entrará en dominio público, y el dueño de la heredad lo recobrará siempre que las aguas vuelvan a dejarlo seco (art. 372 CC).

La *formación de isla* aparece contemplada en los artículos 371, 373 y 374, que regulan los supuestos en que se forman islas tanto en los mares adyacentes de España como en los ríos navegables y flotables; perteneciendo en estos casos al Estado y las que se formen en otros ríos, no navegables, por sucesivas acumulaciones de arrastres que pertenecerán a los propietarios de las orillas más cercanas en la forma determinada en los mencionados artículos.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

B. Accesión artificial en inmuebles

En los distintos supuestos en que se concreta este tipo de accesión aparece presidido en nuestro Código Civil por el principio *superficie solo cedit* (el vuelo accede al suelo): el dueño de una superficie hace suyo todo lo que se incorpora a ella. Se establece así el principio de que la incorporación que se produce de algún mueble a una finca, no solo la convierte en algo que pasa a formar parte de ella de modo inseparable, sino que además el suelo tendrá la consideración de cosa principal y el mueble de accesoria (López Vilas).
El Código en aplicación del principio *accessorium sequitur principale*, presupone el valor superior del terreno respecto de todo lo que en él se edifique, plante o siembre; si bien este principio puede considerarse un anacronismo según Díez-Picazo, por cuanto el valor de la construcción puede ser superior al del terreno (ej., piense la diferencia del valor entre un edificio de diez plantas y el del suelo al que está incorporado).

1.º *Construcción, plantación o siembra en suelo propio con materiales ajenos*
Si el propietario del suelo hiciera en él plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, pudiendo estos ser separados de la obra construida sin que esta sufra menoscabo, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones u obras ejecutadas podrá el dueño de aquellos retirarlos; de no ser así el dueño de la finca los hace suyos abonando su valor, incluso si actúa de mala fe, aunque en este supuesto además deberá resarcir los daños y perjuicios (art. 360 CC).
2.º *Construcción, plantación o siembra en suelo ajeno con materiales propios*
En este caso se distinguen *dos supuestos*, dependiendo de la buena o mala fe de quien construye, planta o siembra en suelo ajeno. Si actúa de buena fe el dueño del terreno tendrá, a su elección la posibilidad de hacer suyo lo construido, sembrado o plantado, indemnizando previamente al que incorporó los materiales, o bien a obligar al que construyó o plantó a que le compre el suelo y al que sembró al pago de la renta correspondiente (art. 361 CC).
El dueño del terreno no se convertirá en propietario de lo edificado, sembrado o plantado mientras no se abone la indemnización. Existirá un dominio separado del incorporante previo al ejercicio de la opción por el *dominus soli:* bien indemnizando al incorporante haciendo suyo lo incorporado, bien obligando al constructor a la adquisición del terreno (López Vilas).
Si se actúa de mala fe, operará la accesión, adquiriendo de forma inmediata el dueño del terreno la propiedad de lo construido, sembrado o plantado, sin que tenga que realizar indemnización alguna al que incorporó (art. 362); o puede optar, por exigir al tercero que proceda a la demolición de la obra, o levantar lo plantado, para así volver al estado que el suelo tenía antes de la incorporación (art. 363). La doctrina

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

entiende que en el caso de la existencia de mala fe se produce la accesión automática, la incorporación inmediata del dominio en favor del dueño del terreno (López Vilas).

Si hay una concurrencia de la mala fe, tanto de parte del que construyó, planto y sembró, como por parte del dueño del suelo, por haberse ejecutado aquellas operaciones a su vista, ciencia y paciencia sin que se produjera oposición por su parte, se resolverá como si ambos hubieran procedido de buena fe.

Un caso especial es el de las construcciones extralimitadas o «accesión invertida» que es una creación doctrinal del Tribunal Supremo, que recibe esa denominación por ir en contra del principio *superficie solo cedit.* El supuesto de la accesión invertida tiene lugar cuando un inmueble en construcción invade parcialmente una finca ajena, colindante a aquella en la que se está construyendo. La construcción no se realiza totalmente en suelo ajeno, sino que se extiende más allá del límite del suelo del propio edificante, y que la construcción resultante es un todo inseparable e indivisible (de no ser así se aplicarían las normas generales de la accesión). El Tribunal Supremo, partiendo del mayor valor e importancia de lo construido, reconoce el derecho del edificante a adquirir la propiedad de esa porción de terreno ocupado, previa la correspondiente indemnización, siempre que la invasión haya sido parcial y de buena fe (SSTS 24 ene 1985 y 23 feb 1988). En el caso de que se hubiese actuado de mala fe se aplicará el régimen normal de la accesión y el dueño podrá o vender el terreno invadido o exigir la demolición de lo construido extralimitadamente (art. 362 CC).

La STS 16 de octubre 2006 (RJ 2006/9342) precisa los requisitos que deben concurrir para que se dé la figura de la accesión invertida o construcción extralimitada y ha señalado como tales: *a*) que quien la pretenda sea titular de lo edificado; *b*) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; *c*) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; *d*) que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido; y *e*) que el edificante haya procedido de buena fe. En el presente caso, la parte actora no hizo cuestión ni en la instancia ni en la alzada de la buena fe del demandado.

Según la STS 28 febrero 2008 (RJ 2007/1627), «no cabe hablar de accesión invertida cuando, como ocurre en el caso, se produce la construcción íntegramente sobre terreno ajeno, supuesto en el que rige en general el principio "superficies solo cedit" establecido en el artículo 358».

STS 12 febrero 2008 (RJ 2008/1842): «Solo en el supuesto en que opere la accesión invertida, que supone una invasión parcial del terreno ajeno por la construcción y de buena fe, obliga al que construyó no solo al pago del valor del terreno ocupado sino también a la indemnización reparadora de los daños y perjuicios, comprensivos del

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca».

3.º *Incorporación hecha en suelo ajeno con materiales ajenos*

Otro supuesto es aquel en que el incorporante hubiera utilizado materiales, plantas o semillas que no son de su propiedad, sino de un tercero. Establece el artículo 365 CC que el dueño de materiales incorporados de buena fe podrá exigir su valor al incorporante y subsidiariamente al dueño del terreno en el caso de que el primero no tenga dinero con el que pagar. No existirá esta posibilidad, si el incorporante ha actuado de mala fe, y el dueño del terreno exija que reponga las cosas a su estado primitivo, demolición o arrancamiento de la plantación, en los términos del artículo 363 CC (Martínez de Aguirre).

C. Accesión mobiliaria

La denominada accesión mobiliaria se regula en los artículos 375 a 383 del Código Civil. Estos preceptos se organizan alrededor de la idea de que la unión es un factor de desequilibrio y que su restablecimiento se funda en dos postulados de justicia: la restitución y la reparación. La restitución supone que el titular legítimo ha de recuperar la posesión y el dominio, siempre que sea posible la vuelta al primer estado de la cosa, e instar la compensación económica en lo no restituible al otro interesado. La reparación supone restablecer en las esferas patrimoniales de los otros propietarios la igualdad que tuvieran anteriormente (López Vilas).

En el Código Civil se contemplan los siguientes supuestos de accesión, de mueble a inmueble:

La *adjunción o unión,* que consiste en la unión de dos cosas muebles que pueden distinguirse entre sí pero no separarse. El propietario de la principal (aquella a la que se une otra por adorno, para su uso o para su perfección) adquiere la accesoria indemnizando a su dueño. Si no puede determinarse qué cosa es la principal, se reputará el objeto de más valor, y en caso de igual valor, el de mayor volumen (arts. 375, 376 y 377). Ej.: un vestido al que se le han cosido unas joyas.

La *conmixtión, mezcla o confusión,* que es la unión de dos cosas muebles de igual o diferente especie que no pueden distinguirse (aleación de metales) ni pueden separarse sin detrimento de cualquiera de ellas, el Código ordena que se establezca una comunidad sobres ellas, en la que cada propietario tendrá una parte proporcional a la parte que le corresponde (arts. 381 y 382). También sería el caso de la mezcla de ganados sin marcar.

La *especificación*, que es la formación de una obra de nueva especie con materiales ajenos en todo o en parte, debiendo indemnizar al dueño de la materia en su valor, siempre que no haya mala fe (art. 383). Es el supuesto clásico de transformación de un bloque de mármol en una estatua o del lienzo en el que se ha pintado un cuadro.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 5. Pérdida y protección del dominio

1. LOS MODOS DE PERDER EL DOMINIO

En el Código Civil no existe un precepto que determine de forma unitaria las causas de extinción o pérdida de los derechos reales, a diferencia de lo que sucede con el artículo 1156 CC al referirse a la extinción de las obligaciones. En el Código las causas de extinción del dominio y demás derechos reales se encuentran reguladas de forma dispersa y se establecen en relación con cada uno de los derechos reales (Blasco Gascó). La extinción de la posesión está contemplada en el artículo 460 y ss.; las causas de extinción del usufructo en el artículo 513; la del uso y habitación en el artículo 529 y, finalmente, la extinción de las servidumbres en el artículo 546 y siguientes.

En el libro V del Código Civil de Cataluña sí que se establece un elenco de causas comunes de extinción de los derechos reales en el artículo 532.1: «Los derechos reales se extinguen cuando lo establece el presente código o el título de constitución y por la pérdida del bien, la consolidación y la renuncia de su titular».

La doctrina ante la dispersión de las causas de extinción del dominio y los derechos reales en cosa ajena en el Código Civil, ha intentado dotarlas de cierta cohesión, agrupándolas de acuerdo a diferentes criterios de clasificación. Se distingue entre modos comunes de perder el dominio y otros derechos reales, y modos de perder solo los derechos reales limitados; otro sector diferencia entre modos voluntarios y modos involuntarios de perder la posesión.

1.1. Modos comunes de pérdida del dominio y otros derechos reales

A. *Por razón del objeto.* La única causa común de extinción a todos los derechos reales es la destrucción o pérdida de la cosa. El Código cuenta con varios preceptos dedicados a la pérdida de la cosa como causa de extinción de los derechos reales: el artículo 460.3 relativo a la posesión; el artículo

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

513.5 establece la pérdida total de la cosa como causa de la extinción del usufructo; el artículo 546.3 se refiere a las servidumbres en el mismo sentido y el artículo 1625 respecto a los censos.
Para que la pérdida de la cosa produzca efectos extintivos la doctrina viene exigiendo los siguientes requisitos:

1. La pérdida ha de ser sobrevenida a la constitución de la relación jurídico real. La pérdida o destrucción ha de ser total, si fuese parcial el derecho real sobrevivirá sobre la parte no perdida o destruida. No se producirá su extinción, sino su modificación objetiva (Atienza Navarro).
2. La pérdida o destrucción ha de ser definitiva, caso contrario se entenderá que el derecho ha estado suspendido temporalmente.
3. Se equipara a la pérdida el que la cosa deje de ser susceptible de posesión: por quedar la cosa fuera del comercio, por convertirse en un bien de dominio público o por haber sido expropiada.

B. *Por razón del contenido.* El dominio también se extingue como consecuencia del ejercicio de las facultades integrantes del derecho: por consumo y transmisión o enajenación.
C. *Por sometimiento a condición o término.* Como consecuencia de las modificaciones singulares introducidas en el contenido normal del dominio o de otros reales: cuando el dominio o el derecho real están sometidos a condición o término resolutorios (ej., usufructo vitalicio que se extingue con la muerte).
E. *Por vicisitudes de la relación jurídica que ha creado el derecho.* Como consecuencia de vicisitudes en la vida de la relación jurídica básica que ha creado tal derecho, tales como la nulidad, anulabilidad o rescisión del negocio jurídico antecedente.
F. *Por razón de la adquisición de otro.* Estos son los supuestos de hallazgo, usucapión, adquisición *ad non domino* y accesión.
G. Por renuncia o abandono (derelicción).
El abandono es la renuncia voluntaria del derecho de propiedad o cualquier derecho real realizada voluntariamente por su titular (Atienza Navarro). El Código Civil no habla del abandono como un medio de extinción de la propiedad esté puede deducirse del artículo 6.2 CC que permite la renuncia de los derechos reconocidos por la ley, siempre que tal renuncia no sea contraria al orden o interés público, ni se haga en perjuicio de tercero. El artículo 532.4 del Código Civil catalán sí que contempla expresamente la renuncia como causa de extinción de los derechos reales.
Los elementos que integran el abandono son dos: uno de carácter subjetivo, el *animus derelinquendi* que es la voluntad de renunciar a la propiedad de la cosa, y el otro es de carácter objetivo, el *corpus derelictionis* que es el abandono de la posesión de la cosa (Castán). La doctrina admite tanto el abandono *expreso* como el *tácito*, y construye la renuncia de los derechos reales como un acto o negocio unilateral y no sujeto a ningún requisito de forma (Castán).
El abandono o renuncia produce los siguientes efectos (Castán):

1.º Si se trata de un derecho real en cosa ajena su renuncia revierte en el propietario.
2.º En los supuestos de copropiedad o cotitularidad de derechos reales la renuncia de uno de los titulares acrece el derecho del resto de los comuneros.
3.º Si se renuncia a la propiedad de un bien mueble se convierte en *res nullius* y puede ser adquirido por ocupación por otra persona, por el contrario, si el bien es inmueble es diferido al Estado como bien vacante o mostrenco. (El art. 17 LPAP establece que los inmuebles que carecieren de dueño pertenecen a la Administración General del Estado).

H. Por revocación. La revocación de la propiedad consiste en un cambio de voluntad del que la transmitió, permitido por la ley y que hace que la cosa retorne a su patrimonio cuando concurren los presupuestos legales para ello (Díez-Picazo y Gullón).
La revocación se manifiesta principalmente en sede de donaciones y tiene lugar por superveniencia o supervivencia de hijos (art. 644 CC), por el incumplimiento de condiciones o cargas por el donatario (art. 647 CC) y por ingratitud del donatario (art. 648 CC).
I. Por consolidación. El derecho real se extingue cuando se produce la reunión en una misma de la condición de titular del derecho dominio sobre una cosa y del derecho real que la grava. Se trata de un fenómeno parecido al previsto en el artículo 1156 CC para las obligaciones que pueden extinguirse por confusión de los derechos de acreedor y deudor (Atienza Navarro).

1.2. Modos específicos de pérdida de los derechos reales limitados

A. *Por razón del sujeto.* Los derechos del titular pueden extinguirse por dos circunstancias:

- Por *consolidación*, cuando se produce la reunión en una misma persona de la condición de titular del dominio sobre una cosa y del derecho real que lo grava. Asimismo, cuando tiene lugar la reunión de titularidades de diversos derechos reales cuando uno grava a otro. Así se contempla expresamente para el caso del usufructo (art. 513.3 CC) y de las servidumbres (art. 546.1 CC). Según Blasco, la consolidación produce un efecto distinto según se refiera al dominio o al resto de los derechos reales. Respecto de estos últimos la consolidación actúa como causa de extinción, por el contrario con relación al dominio produce un efecto no extintivo sino expansivo porque se reintegran al dominio, todas aquellas facultades que integraban los *iura in re aliena.* La consolidación extingue el derecho en cosa ajena y completa la propiedad que estaba gravada con él.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

- Por *muerte del titular* de un derecho real con carácter vitalicio, como sucede con el usufructo (art. 513 CC) y los derechos de uso y de habitación (art. 529 CC).

B. *Por razón del no ejercicio o uso.* Los derechos reales limitados pueden extinguirse por la prescripción adquisitiva en favor del propietario del bien sobre el que recaen *(usucapio libertatis)* por su no uso; así como por caducidad en el caso del retracto de colindantes (art. 1524 CC).

C. *Redención.* Esta es una forma de extinción de las servidumbres (art. 546.6) y los censos (art. 1608) por el abono del valor del gravamen (O'Callaghan 1991). En materia de servidumbres, la redención se establece mediante convenio entre el dueño del predio dominante y el sirviente, salvo el supuesto del artículo 603 (redención de servidumbres de pastos). Por el contrario, en los censos la redención es una facultad unilateral *que tiene el dueño de la finca gravada con el derecho real.*

1.3. Otros supuestos de extinción

A. *Por disposición de la ley.* La propiedad puede extinguirse por el hecho de un tercero que puede adquirir el dominio por alguno de los modos previstos por la ley (Castán). Así, mediante la *accesión* puede perderse el dominio de las cosas muebles o inmuebles; por la *prescripción adquisitiva* se produce igualmente la extinción del derecho de propiedad (u otros derechos reales) de quien lo tenía; la *no utilización* no puede extinguir el dominio, pero tiene unas consecuencias jurídicas que pueden llegar a la privación de la titularidad.

En el TRLSRU/2015, en los artículos 49 y 50 se contempla la posibilidad de la venta o sustitución forzosa a instancia de la Administración actuante cuando el propietario del suelo incumple con los deberes de edificación o de conservación de edificios.

B. *Por decreto judicial (transmisión judicial de la propiedad).* Se considera como un modo de perder el dominio el decreto judicial en aquellos casos en que el juez atribuye por título de venta, para pago de derechos ejecutoriamente reconocidos o por el de adjudicación, el dominio de una cosa a distinta persona de la que hasta entonces los tenía (ej., el procedimiento de apremio de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

C. *Por actos del Estado.* El Estado puede extinguir el dominio de los particulares a través de las siguientes vías:

1.º Por el comiso de los instrumentos y efectos del delito (arts. 127 y 128 Código Penal).

2.º Las requisas militares en tiempos y necesidades de la guerra (arts. 101 a 107 Ley de 16 de diciembre de 1954, Expropiación Forzosa), o con carácter temporal en situaciones de emergencia (art. 4.7. Ley 2/1985,

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de 21 enero, de protección civil) o de estado de alarma (art. 11. b Ley Orgánica 4/1981).

3.º Por la *expropiación forzosa*, prevista en el artículo 349 CC, artículo 33.3 CE y la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y su Rgto. de 1957, así como en los artículos 42 a 48 TRLSRU/2015 (expropiaciones forzosas por razón de la ordenación territorial y urbanística). Mediante la expropiación forzosa tiene lugar la privación del dominio y de otros derechos e intereses legítimos, llevada a cabo imperativamente por la Administración. Según el artículo 9 LEF, «Para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que hay de afectarse el objeto expropiado».

2. LAS ACCIONES PROTECTORAS DEL DOMINIO

La propiedad, como todo derecho subjetivo, tiene a su favor una serie de *acciones* para su protección protegerla y para reprimir cualquier tipo de violación o perturbación. La acción dominical por excelencia es la reivindicatoria, junto a la que encontramos una serie de *acciones menores* cuya finalidad es distinta a la de recuperar la cosa de quien la detenta indebidamente (Díez-Picazo y Gullón).

2.1. La acción reivindicatoria

Esta acción aparece contemplada en el artículo 348 del Código civil cuando establece que «el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». La acción reivindicatoria es la que compete al propietario que ha sido despojado de la cosa contra quien la posee. Tiene por finalidad obtener el reconocimiento del derecho de dominio y, en consecuencia, la restitución de la cosa que indebidamente posee un tercero. Mediante ella, en definitiva, el propietario no poseedor hace efectivo su derecho a exigir la restitución de la cosa del poseedor no propietario (Blasco Gascó).

La acción reivindicatoria presenta los siguientes caracteres: es una *acción real*, por lo que es ejercitable *erga omnes* (no solo frente al despojante inicial, sino frente a cualquiera que posea la cosa); es *recuperatoria*, puesto que persigue la restitución de la cosa y, finalmente, es una *acción de condena* (Díez-Picazo y Gullón).

A. *Requisitos para su ejercicio.* Los requisitos para el ejercicio de esta acción, ante la vaguedad del precepto, han sido delimitados por la doctrina y la jurisprudencia y son los siguientes:

1.º *Dominio del actor.* De acuerdo con el artículo 348 CC, se requiere que el actor sea propietario de la cosa que se reclama. Esta acción corresponde tanto al dueño de bienes muebles como inmuebles, y tanto

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

al propietario individual como al copropietario; puede ser utilizada por el propietario que carece de posesión y por quien posee mediatamente. Al propietario en virtud del principio general de la carga de la prueba, le corresponde demostrar su derecho de propiedad, aportando un título legítimo de dominio, válido, legal y eficaz en derecho (un contrato de compraventa, una permuta, una donación, testamento, etc.). Completado con la tradición si la adquisición fuera derivativa. Además, deberá probarse que el transmitente, de quien adquiere, el reivindicante, era verdadero propietario por tener a su vez un legítimo título adquisitivo (Díez-Picazo y Gullón).
La doctrina y la jurisprudencia han suavizado este último requisito ante la dificultad que entraña probar la validez de toda la cadena de títulos, se admite que la prueba del dominio del reivindicante puede fundarse en la demostración de que se han cumplido los requisitos necesarios para la usucapión (Díez-Picazo y Gullón).

Ej.: si Juan pretende reivindicar una finca, para justificar su derecho de propiedad tiene dos vías:

a) Demostrar que el primer propietario de quien adquirió la finca, Pedro, tenía un título legítimo de dominio (ej., una compraventa); es decir, que Pedro adquirió legítimamente la finca, de Antonio, y posteriormente se la vendió a él (Juan).
b) Ante la dificultad de demostrar la validez del título adquisitivo del primer transmitente, el reivindicante, Juan puede probar que es propietario demostrando que ha cumplido los requisitos necesarios para la usucapión ordinaria de bienes inmuebles (art. 1957): demostrar que ha poseído ininterrumpidamente la finca reivindicada durante más de diez años con buena fe y justo título (por haber adquirido en virtud de contrato de compraventa). En este caso, puede completar sus años de posesión sumando los de su causante (Pedro).

2.º *Posesión del demandado*. Para que prospere la acción reivindicatoria el demandado ha de ser en ese momento poseedor (o detentador) de la cosa reclamada, en consecuencia quien no posee la cosa despojada no puede ser objeto de una acción reivindicatoria. La posesión del demandado ha de ser indebida, es decir, que se posea sin título que la justifique o con título de categoría inferior al del demandante (Blasco Gascó). Si el demandado tuviera inscrita la cosa a su favor en el Registro de la Propiedad, el reivindicante, en el momento de interponer la demanda tendrá que solicitar la declaración de nulidad o de cancelación de las inscripciones registrales (art. 38.2 LH), de esta forma, la realidad que consta en el Registro de la Propiedad se adecuará a la nueva realidad extraregistral que se origine tras el ejercicio de la acción reivindicatoria (Díez-Picazo y Gullón).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La STS 10 julio 2002 (RJ 721/2002) exige al reivindicante: «la legitimidad del título de dominio de la misma y su detentación por el demandado sin título o con título de inferior categoría al ostentado por el actor (STS 28-3-1996 [RJ 1996/2201])».

3.º *Identificación de la cosa reivindicada*. La acción reivindicatoria solo puede prosperar cuando se reclama una cosa concreta, perfectamente identificada, es decir, que la cosa ha de estar perfectamente descrita en la demanda. La correcta identificación y delimitación de la finca es necesaria a los efectos de poder determinar si han existido actos de invasión, lo que no es posible si no se conoce con total precisión la delimitación de la finca a la que afectan. Ej.: en fincas rústicas la cosa estará identificada cuando se fijen con claridad y precisión, la situación, cabida y linderos de la misma. Muchas acciones reivindicatorias no prosperan porque al tratarse de fincas antiguas la descripción que figura en el Registro de la Propiedad no coincide con la realidad física actual de la finca. Una solución adecuada para la reinvindicación de inmuebles será completar la descripción de la finca con un plano (ej., el plano castastral).

La STS 18 de julio de 2003 (RJ 2003/6577), con cita de muchas otras, establece que «para el éxito de la acción reivindicatoria es necesaria la concurrencia de tres requisitos. El primero de ellos es que el actor ostente título de dominio, es decir, título que acredite su propiedad sobre la cosa reivindicada, o mejor dicho, que justifique su adquisición. El segundo presupuesto es que el demandante demuestre sin margen de duda la identificación de la finca que se reclama como propia, lo que implica la cumplida prueba de que el bien que se reivindica coincide o se corresponde en perfecta identidad con lo descrito en el título legitimador, coincidencia que supone que la realidad física de la finca se identifique con la que resulta del título. Y el tercer requisito es que la finca en cuestión sea detentada o poseída por los demandados sin título jurídico que así lo autorice o con título cuyo efecto sea inferior al del reivindicante».

2.2. La acción declarativa de dominio

La doctrina estima que en el segundo párrafo del artículo 348 CC, además de la acción reivindicatoria, que se ejercita contra el tenedor de la cosa para reintegrarla a su dueño, también tiene cabida la acción declarativa que pretende la afirmación o reconocimiento del derecho de dominio frente a quien, en cualquier caso discute o se atribuye ese derecho.

Estos dos tipos de acciones, aunque entrelazadas, aparecen frecuentemente confundidas.

La acción reivindicatoria tiene un doble objeto, que se reconozca el derecho de propiedad del actor, y que tenga lugar la restitución de la cosa. Es decir, que protege al dominio cuando ha habido una privación o detentación de la cosa por

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

persona distinta al propietario. La acción declarativa o de constatación, tiene como único fin, según Díez-Picazo y Gullón que se declare por el tribunal que el actor es el propietario de la cosa, condenándose al demandado a pasar por el reconocimiento de tal derecho. En este caso no se requiere para su ejercicio que el demandado sea poseedor, puesto que la cosa puede continuar bajo el poder del actor, ya que esta acción no requiere que el propietario haya sido despojado de la cosa. Según Puig Brutau, los requisitos para el ejercicio de la acción declarativa son idénticos a los de la reivindicatoria, a excepción de la posesión de la cosa por el demandado.

La STS 30 de junio de 2011 (RJ 2011/7373) establece que la acción declarativa de dominio «cuyo objeto es la declaración del derecho de propiedad, como acción meramente declarativa (entencia de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/4759) amparado en el art. 348, párrafo segundo, del Código Civil, aunque no lo diga expresamente (sentencia de 3 de junio de 2004 [RJ 2004/4087]). Los requisitos de esta acción son los mismos que los de la acción reivindicatoria, salvo, claro es, la posesión actual por parte del demandado (sentencia de 17 de enero de 2001). Son presupuestos, pues, de la acción, primero, la acreditación del título de propiedad por parte del demandante, por lo cual no es preciso que el demandado pruebe su derecho, sino simplemente que aquel no acredite el suyo y, segundo, la identificación, como cosa señalada y reconocida e identidad, como la misma que es objeto de la demanda, «tanto en su superficie como en su contenido» (dice la sentencia de 30 de diciembre de 2004 (RJ 2005/989), cuya «carga de probar que aquel bien inmueble del que se dice ostentar su dominio se corresponde efectivamente, en perfecta identidad, con lo descrito en el título legitimador (sentencia de 21 de noviembre de 2005 [RJ 2005/9861])».

2.3. La acción negatoria

Esta acción es de creación jurisprudencial ya que no aparece contemplada en el Código Civil. El propietario dispone de la acción negatoria contra quien alega la existencia de un gravamen sobre la cosa objeto de dominio (Blasco Gascó). Su ejercicio permite al propietario de una finca defender la libertad de su dominio y que se declare la ausencia o inexistencia de gravámenes, frente a quien pretende ser titular de un *ius in re aliena* sobre la misma cosa. Esta acción permite al propietario de una finca poner fin a las perturbaciones o inmisiones ilegítimas en su derecho que no consistan en la privación o retención indebidas en la posesión que necesitarían del ejercicio de la acción reivindicatoria, también se usa como medida preventiva para exigir que no se produzcan perturbaciones futuras y previsibles del mismo género. Por esa finalidad podría llamarse acción declarativa de la libertad de la propiedad, y puede ejercitarla todo propietario, tanto de bienes muebles como inmuebles (Puig Brutau). El nombre de negatoria proviene del hecho de que mediante ella el dueño niega el derecho de su adversario (Castán).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Esta misma acción compete a los titulares de derechos reales para exigir que no sean perturbados en el futuro. Esta acción sí que está recogida expresamente en los artículos 544-4 y 544-5 del CC Cat.

La STS 27 de marzo de 1995 «ha de partirse de la premisa previa de que para el éxito de toda *acción negatoria* de servidumbre, en general, y de paso en particular, que es una de las que se ejercita en el proceso al que este recurso, se refiere, es requisito ineludible que el actor pruebe que es propietario del camino por el que se halle establecido el paso, cuya presunta servidumbre pretende negar». Asimismo, si se ejercita *negatoria* de servidumbre de luces y vistas, debe acreditarse la *propiedad* del inmueble sobre el que recae».

El reverso de la acción negatoria lo constituye la acción confesoria de servidumbre: «Según la STS 17 noviembre 2011 (RJ 2011/7289): «la acción confesoria de servidumbre, que ejercita la parte demandante, que recae sobre la cosa misma y otorga como consecuencia a su titular una acción real que así se designa de antiguo, es una acción que no corresponda más que al dueño del fundo (Digesto, Libro VIII, Título V, Ley 2.ª, párrafo primero), y que debe dirigirse contra la persona que esté obligada a soportar la servidumbre, precisando para su éxito que quien reclame el derecho real de servidumbre justifique su cualidad de dueño del predio beneficiado, así como la prueba de la existencia de la servidumbre, ya que implicando toda servidumbre un gravamen o carga, como dispone el artículo 530, nunca se presume, habiendo necesidad de probarla, porque la propiedad se presume libre mientras no se demuestre lo contrario, y cuya presunción "iuris tantum" de ser libre todo fundo procede de los artículos 348 y 536 del Código Civil)».

2.4. Acciones preparatorias y cautelares

A. *Acción «Ad exhibendum».* Es una acción preparatoria de las acciones reales y corresponde al dueño de las cosas muebles, contra el que se supone que las posee, para que las presente o exhiba, y poder así identificar la cosa, el estado en que esta se encuentra y el hecho de que la posee el demandado. Esta acción no es exclusiva del propietario, ya que puede ser entablada por cualquiera que se proponga demandar en relación con una cosa determinada, aún cuando la acción carezca de naturaleza real (López y López). El artículo 256.2 LEC relativo a las «diligencias preliminares» contempla la posibilidad de solicitar a la persona que se pretenda demandar que «exhiba la cosa que tenga en su poder».

   La SAP de Alicante (S. 5.ª) incluso admite la exhibición de cosa inmueble: «Parece también relevante destacar que las consecuencias que el artículo 261.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil anuda a la falta de exhibición de la cosa —de nuevo sin calificación alguna en el texto legal— son susceptibles de acomodación al caso de exhibición de cosa inmueble. La falta de exhibición voluntaria se habrá de resolver en el modo con que aparece previsto en el n.º 2 del citado precepto, esto es, con la entrada y registro en el inmueble que haya de ser exhibido al solicitante».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

B. *Interdictos de obra nueva y obra ruinosa.* No obstante la nueva denominación de acciones posesorias que engloba situaciones jurídicas diferentes, continuamos usando las antiguas expresiones por ser más precisas.

El antiguo interdicto de obra nueva tiene por objeto obtener la suspensión de una obra nueva (art. 250.5.º) o en construcción. Puesto que contra la obra terminada procede la acción negatoria de servidumbre o cualquier otra acción que se estime pertinente. Puede ejercitarlo el propietario o cuantas personas se crean perjudicados por la construcción de dicha obra. También está regulado en el artículo 441.2 LEC, que establece que el tribunal, antes de la citación para la vista, dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado (O'Callaghan).

El interdicto de obra ruinosa (o de obra vieja), también contemplado en el artículo 250.6.º LEC, que tiene por objeto «La demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace con causar daños a quien demande. En este caso se trata del antiguo interdicto de obra ruinosa».

En principio, solo están legitimados activamente para la interposición de este tipo de demandas, las personas que tengan una propiedad contigua o inmediata que pueda sufrir por la ruina, así como las personas que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol o construcción que amenace ruina.

C. *Acción de «aquae pluviae arcendae».* Según Puig Brutau, es la acción real que corresponde al dueño o poseedor de una finca contra el dueño o poseedor de otra para evitar los perjuicios que aquella sufra por la variación en esta del curso de las aguas, o para pedir que limpie o quite las aguas estancadas, o permita al demandante hacerlo por sí mismo. Nuestro Código Civil no la regula expresamente, pero puede deducirse a partir de lo establecido en los artículos 420 y 552 CC, así como de los artículos 7 y 45 y ss. del texto refundido la Ley de Aguas (aprobado por RDLeg 1/2001 de 20 de julio). Puede ejercitarse tanto por la vía de la acción negatoria de servidumbre como bajo la forma de un interdicto de obra nueva.

El artículo 420 CC establece que «El dueño de un predio en que existan obras defensivas para contener el agua, o en que por la variación de su curso sea necesario construirlas de nuevo, está obligado, a su elección, a hacer los reparos o construcciones necesarias o a tolerar que, en perjuicio suyo, las hagan los dueños de los predios que experimenten o estén manifiestamente expuestos a experimentar daños».

El artículo 552 dice que «Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso. Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la graven».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.5. Acciones de individualización de la cosa

A. *Deslinde y amojonamiento.* El artículo 384 CC contempla la facultad que tiene todo propietario de señalar su propiedad y fijar sus verdaderos límites, facultad que se asemeja a la acción *finium regundorum* de los romanos (Doral García). Dice el Código que todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes. La misma facultad corresponderá a los que tengan derechos reales.

Aunque el Código, en el artículo 384, utiliza para el amojonamiento la palabra deslindar, deslinde y amojonamiento son operaciones diferentes. El deslinde consiste en un procedimiento judicial para solucionar las controversias respecto de los límites de una finca. El deslinde de fincas, se puede efectuar a través de tres procedimientos diferentes: *a*) por acuerdo de los interesados; *b*) el expediente de deslinde de fincas no inscritas es un procedimiento de jurisdicción voluntaria mediante el que se fijan los límites materiales de una finca no inscrita en el Registro de la Propiedad; regulado por los artículos 104 a 107 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. El artículo 106 establece que para llevar a cabo el deslinde es necesario citar a los dueños colindantes y demás interesados; y *c*) el deslinde voluntario de fincas inscritas debe derecho realizarse de acuerdo con lo estipulado en el nuevo artículo 200 LH: «El expediente de deslinde de fincas inscritas deberá tramitarse ante Notario hábil para actuar en el distrito notarial en donde radiquen las fincas o en cualquiera de los distritos notariales colindantes a dicho distrito. Si las fincas cuyo deslinde se pretende estuvieran ubicadas en territorio perteneciente a distintos distritos notariales, el expediente podrá tramitarse ante Notario hábil para actuar en el distrito notarial de cualquiera de ellas o en cualquiera de sus distritos colindantes.

a) Mediante el ejercicio de la acción de deslinde. Esta acción puede ejercitarse en el caso de que exista controversia entre los propietarios de las fincas colindantes. Ejercitada en juicio declarativo ordinario permitirá en su caso finalizar con la confusión de linderos al delimitarse estos mediante sentencia. Según el artículo 1965 CC, la acción para pedir el deslinde de las fincas contiguas es imprescriptible. En ocasiones, la acción de deslinde puede tener encubierta una acción reivindicatoria por cuanto que la modificación de los límites supondrá que parte de una de las fincas cambie de poseedor.

La STS 25 junio 2007 (RJ 2007/743) establece que «la acción reivindicatoria tiene objetivos distintos de la de deslinde y sus diferencias las ha establecido la jurisprudencia (entre otras, sentencias de 11 de julio de 1988 [RJ 1988/5607] y 27 de enero de 1995 [RJ 1995/174]) siendo así que el deslinde excluye contienda sobre la propiedad; la misma sentencia razona en el sentido de que «no desvirtúa la naturaleza de la acción de deslinde, el hecho de que su práctica y consiguiente amojonamiento de las fincas

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

en confrontación, represente componer físicamente las mismas, al delimitarlas material y externamente mediante el trazado de línea perimetral divisoria, precisándose de esta forma los derechos que corresponden a los titulares interesados, sin que ello suponga el ejercicio de acción reivindicatoria alguna, pues no se pidió en el supuesto de autos la recuperación de un cuerpo cierto y perfectamente identificado, sino que la parte demandada dejara de poseer los terrenos de la propiedad del actor como consecuencia y resultado del deslinde postulado, lo que es inherente al acto delimitador de propiedad en cuanto fija su colindancia discrepante».

En nuestro ordenamiento jurídico también existen varios deslindes administrativos en la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones públicas (arts. 50 a 54); en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por RD 1372/1986, de 13 de junio, artículos 44 y 56 a 72; en la Ley 22/1988, de Costas, modificada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, para la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y especialmente de la ribera del mar, artículos 11 a 16 y en su Reglamento, aprobado por RD 876/2014, de 10 de octubre, artículos 17 a 36.

El amojonamiento consiste en señalar los límites de una finca con hitos o mojones (piedra, hierro). Esta figura presupone que no existe controversia sobre los límites o que esta controversia ha quedado resuelta por el deslinde, a continuación del cual se fijan sobre una línea cierta las señales, mojones o hitos que hacen perceptibles los límites de la finca, mientras que el deslinde parte del supuesto de que las líneas divisorias son inciertas (López y López). De modo que si deslindar consiste en fijar los límites materiales de una finca, luego estos podrán ser señalados mediante mojones.

B. *Cercamiento.* A tenor de lo establecido en el artículo 388, todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas. La facultad de cerrar heredades puede, en ocasiones, constituir un deber, por razones de disciplina urbanística.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 6. La comunidad de bienes

1. COMUNIDAD DE BIENES EN GENERAL

1.1. Concepto

El Código Civil regula la comunidad de bienes en el libro II, título III, bajo el epígrafe «De la comunidad de bienes», ocupándose de la misma los artículos 392 a 406. El artículo 392 CC establece: «Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título».

El artículo 392 describe la comunidad como un supuesto de hecho, se trata de un efecto automático que se produce al margen de la voluntad de los comuneros: *a*) no cabe que dos personas sean cotitulares de un derecho, pro indiviso y no estén en comunidad, y *b*) no cabe que dos personas sin ser cotitulares de un mismo derecho estén en comunidad (Miquel González).

Las reglas del Código relativas a la comunidad de bienes se aplican, según Díez-Picazo y Gullón, en los siguientes casos:

a) En los supuestos de cotitularidad de derechos reales, bien se trate del derecho de dominio (copropiedad) o de cualquier otro derecho real.
b) En los casos de titularidad mancomunada de un derecho de crédito, cuando no sean de aplicación los preceptos del código que regulan las obligaciones mancomunadas y solidarias (en especial los arts. 1137, 1050 y 1051).
c) También se aplican cuando la cotitularidad no se refiere a un derecho subjetivo aislado, sino a todo un patrimonio o un conjunto o masa patrimonial, como sucede con la herencia (Díez-Picazo y Gullón).

1.2. Clases de comunidad

Históricamente la comunidad de bienes se ha organizado a través de la comunidad ordinaria o de la germánica.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

A. Comunidad romana o por cuotas u ordinaria
Este tipo de comunidad, con raíces en el Derecho romano, se caracteriza por partir de una concepción individualista, en la que predomina el individuo sobre la situación de comunidad, que se considera como algo transitorio, desventajoso e incidental. La prevalencia del individuo se traduce en que se le reconoce un ámbito de poder exclusivo sobre una parte o porción del derecho ostentado en común, denominada cuota. El concepto de cuota es determinante hasta el punto de que la cosa pertenece a distintas personas (condóminos) por cuotas intelectuales o cuotas pro indiviso. Cualquiera de los comuneros puede pedir la desaparición del estado de comunidad, solicitando su división a través de la acción de división de la cosa común (*actio communi dividundo*) (Díez-Picazo y Gullón).

B. Comunidad germánica, propiedad colectiva o mano en común
Parte de una concepción colectivista de la comunidad a la que se subordina el derecho del individuo. La comunidad se considera como una situación ventajosa, permanente y estable. La propiedad es colectiva o en mano común; la cosa pertenece a todos sin ninguna división ideal por cuotas, solo se puede disponer o enajenar en bloque. No se reconoce a los comuneros la posibilidad individual de pedir la división de la cosa común (Díez-Picazo y Gullón).
La regulación de la comunidad de bienes en el Código Civil sigue las líneas básicas de la comunidad romana: reconocimiento de cuotas, plena propiedad de cada comunero sobre ellas y la posibilidad de ejercer libremente la acción divisoria (Díez-Picazo y Gullón). No obstante, en el Código también podemos encontrar los caracteres de la *comunidad en mano común* (germánica) en algunas instituciones como la medianería comunidad hereditaria, la sociedad sin personalidad, en la sociedad de gananciales o en los montes vecinales en mano común regulados por la Ley 55/1980, de montes vecinales en mano común.

1.3. Otras clases de comunidad

A. *Comunidad singular y universal*. Será s*ingular* cuando recaiga sobre derechos determinados (comunidad sobre una cosa o un crédito) y *universal*, en el caso de que recaiga sobre todo un patrimonio (la comunidad de la herencia entre los coherederos).

B. *Comunidad convencional y incidental. Será convencional* cuando nace por acuerdo voluntario de los comuneros; será *incidental si* se constituye por un hecho o acto jurídico ajeno a la voluntad de la persona (ej., comunidad hereditaria o la comunidad de cosas muebles mezcladas por casualidad).

C. *Ordinaria y forzosa.* La ordinaria es aquella que va acompañada de la posibilidad de exigir la división, mientras que la forzosa excluye la libre división. Un sector doctrinal incluye en este supuesto la comunidad de los muros divisorios o medianería.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2. OBJETO DE LA COMUNIDAD DE BIENES

Para que exista comunidad es preciso que dos o más personas compartan de manera conjunta la titularidad de la propiedad o de otro derecho real sobre un mismo bien o un mismo patrimonio. No hay comunidad cuando sobre una misma cosa recaen derechos diferentes con distintos titulares como sucede entre el nudo propietario y el usufructuario (Miquel González). Puede ser objeto de *comunidad* cualquier cosa corporal o material que pueda ser objeto de dominio y todo aquello que tenga una existencia económica con valor pecuniario y jurídico. Ej.: la cotitularidad de un derecho de propiedad intelectual.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMUNIDAD DE BIENES

Según el artículo 392.2 CC: «A falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este Título». Lo cual significa que la regulación de esta institución se vertebra en torno a la autonomía de la voluntad o libertad de pactos, aplicándose las normas del Código Civil de forma supletoria. Así pues, las fuentes que regulan la comunidad de bienes se aplicarán en el siguiente orden:

1.º El pacto o contrato cuando la comunidad tenga un origen voluntario. No obstante la claridad del precepto, la jurisprudencia ha manifestado que algunos preceptos (arts. 400, 403 y 405) de los que regulan la comunidad de bienes tienen carácter imperativo y que, por lo tanto, se aplicarán con preferencia a los pactos (Miquel González).

2.º Las disposiciones especiales que regulan algunos tipos de comunidades.[4] Estas disposiciones pueden encontrarse:

a) En el propio Código, como sucede con la propiedad de casas por pisos o locales (art. 396 CC), si bien ese mismo precepto nos remite a la Ley de Propiedad Horizontal. La comunidad legal de gananciales (arts. 1344 a 1410). La comunidad que es consecuencia del contrato de sociedad (arts. 1665 y 1708) y la comunidad de coherederos (art. 1051).

b) En leyes especiales: este es el caso de la Ley de Propiedad Horizontal 49/1960 reformada por la Ley 8/1999; Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias; la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común.

4. En el supuesto de leyes especiales que regulen determinados tipos de comunidades, estas se regularán de acuerdo con lo establecido en ellas; lo cual generalmente supone que la autonomía de la voluntad pasa a segundo plano. Así sucede con la propiedad horizontal, ya que según el artículo 369 CC, se rige en primer lugar por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4. CARACTERES DE LA COMUNIDAD DE BIENES

En la copropiedad, al igual que sucede con todos los demás casos de cotitularidad, es presupuesto de la unidad de objeto, que implica la existencia de una misma cosa que corresponde a una pluralidad de sujetos.

La coexistencia sobre una misma cosa del derecho de propiedad de varias personas, obliga a descomponer idealmente sus poderes sobre dicha cosa. Ello se consigue mediante la atribución de una cuota parte de la cosa a cada uno de los propietarios (Lasarte). Según el artículo 393 del Código Civil, «el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas», de acuerdo con este mismo precepto estas cuotas «se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario», con lo cual se estable la regla general que según la cual la cuota será siempre correlativa al número de comuneros, salvo prueba en contrario.

En el caso de que hubiera desigualdad en la cuota, los beneficios o las cargas dimanantes de la copropiedad serán directamente proporcionales a la cuota de cada uno de los comuneros.

La cuota, además de indicar la proporción sobre los beneficios, como los gastos, también determina el sistema de toma de decisiones que se tomarán por mayoría de cuotas (art. 398 CC), así como para organizar las consecuencias de la división de la cosa común que adjudicará en proporción a las respectivas cuotas (art. 402) o de su venta, en este caso el precio se repartirá en función de las respectivas cuotas (Martínez de Aguirre).

La cuota expresa numéricamente, y de modo ideal, la participación de cada comunero en el bien o derecho sobre el que recae la comunidad. Las cuotas se expresan en tantos por ciento o en fracciones (el 25 % o ¼). La cuota no se materializa sobre una parte concreta de la finca, sino sobre toda la finca. El valor de la cuota de cada comunero depende del hecho, acto o negocio jurídico que dio lugar a la situación de comunidad (Martínez de Aguirre).

5. PRINCIPIOS JURÍDICOS RECTORES DE LA COMUNIDAD DE BIENES

El Código Civil organiza la situación de comunidad de acuerdo con los siguientes principios (Díez-Picazo y Gullón):

1.º *Principio de autonomía privada.* Los pactos entre los comuneros constituyen el eje en torno al cual gira la regulación de la comunidad de bienes. Las normas legales que regulan la comunidad en el CC, salvo algunas excepciones, tienen carácter dispositivo y solo se aplicarán en defecto de pacto (art. 392.2): «A falta de contrato o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título».

2.º *Principio de proporcionalidad*. La participación de los comuneros, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a su respectiva cuota. Se presumirán iguales, mientras no se demuestre lo contrario (art.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

393 CC). De ahí la importancia de la cuota en el funcionamiento de la comunidad.

3.º *Principio democrático o mayoritario.* Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los comuneros que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad (art. 398 CC). Así pues, la mayoría se calcula con relación a las cuotas y no a las personas.

4.º *Principio de libertad individual*. Cada comunero conserva, a pesar de la comunidad, su libertad individual, principio que se refleja en dos normas: la que permite a todo comunero solicitar la división de la cosa común (art. 400 CC) y aquella otra que permite renunciar a su derecho, liberándose de determinadas obligaciones que sean consecuencia de la comunidad (art. 395 CC).

6. EL CONTENIDO DE LA SITUACIÓN DE COMUNIDAD

El contenido de la comunidad, tal como está regulada en el Código Civil, consta de dos tipos de derechos: los que están en relación con la cosa común y los que están en relación con las porciones o cuotas indivisas.

6.1. Derechos en relación con la cosa común

El derecho sobre la cosa común está subordinado al de todos los demás copropietarios, por ello las facultades del copropietario son:

A. *Uso de la cosa común:* contemplado en el artículo 394 que establece que «podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino, de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho». Este precepto describe el uso solidario de la cosa o derecho común, lo que supone en principio que el uso no se sujeta a la medida de la cuota. Los comuneros pueden variar el régimen de uso de la cosa siempre que con ello no se perjudique a uno de los partícipes (Martínez de Aguirre).
La STS 9 diciembre 2015 (Rec. 2482/2013) establece que «la aplicación de turnos de ocupación con uso exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes será considerada como una fórmula justa y aplicable a los casos de comuneros de viviendas cuando no sea posible o aconsejable el uso solidario o compartido y la comunidad o algún comunero así lo inste».

B. *Disfrute y conservación de la cosa común*: tanto el disfrute como la conservación son proporcionales a las cuotas. La medida en que cada comunero debe participar en los gastos de conservación viene determinada por la cuota (art. 395 CC). Cada comunero puede eximirse de esta obligación

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

renunciando a la parte que le corresponde en el bien o derecho (art. 395 CC), en cuyo caso la porción renunciada acrece a los demás comuneros en proporción a su respectiva cuota.

C. *Administración de la cosa común*: todo copropietario tiene derecho a administrar y disfrutar de la cosa con los demás respetando los acuerdos adoptados por la mayoría siempre que no resulten gravemente perjudiciales para la minoría. En este último caso cabrá acudir a la vía judicial para que se provea respecto a la administración o incluso nombrar un administrador (art. 398). Esta mayoría se refiere a la de intereses, no de personas. Cabe pactar una formación distinta de la de intereses e incluso un sistema de administración unipersonal.

D. *Disposición y alteración de la cosa común*: ningún copropietario puede hacer alteraciones en la cosa común (acto de disposición) sin el consentimiento de los demás, aunque pudieran resultar ventajosas (art. 397 CC). Si son alteraciones que afectan a la sustancia (enajenación, usufructo, servidumbre, hipoteca) se necesita el acuerdo unánime de todos los copropietarios. Pero si solo afectan al «mejor disfrute» de la cosa basta la mayoría (art. 398 CC).

E. *Defensa en juicio y reivindicación de la cosa común*: cualquier copropietario puede ejercitar la acción reivindicatoria y recuperar la cosa para todos los copropietarios.

F. *División de la cosa común*: según el artículo 400 CC, cualquier copropietario puede pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común (*actio communi dividundo)*, puesto nadie está obligado a permanecer en comunidad. El ejercicio de esta acción, como veremos más adelante, no es absoluto y está sometido a toda una serie de reglas.

6.2. Derechos en relación con la cuota

1. Autonomía de cada partícipe. Según el artículo 399, todo copropietario tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan. Cada comunero puede disponer libremente de su cuota, pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, salvo si se tratare de derechos personales. El adquirente de la cuota adquirirá una participación ideal sobre el derecho y no una parte concreta del mismo (Martínez de Aguirre).
2. Derechos sobre las cuotas de los demás: los copropietarios tienen derecho de retracto cuando otro copropietarios decide enajenar a un tercero (art. 1522). De modo que la autonomía de cada partícipe está limitada por este derecho de retracto, solo cuando no se ejerza por los otros comuneros, es libre para transmitirla a quien tenga por conveniente.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

7. NACIMIENTO

La comunidad no tiene modos específicos de constitución, puede constituirse por cualquiera de los diferentes modos de adquisición de los derechos reales (Miquel González).

La situación de cotitularidad puede producirse por efecto de la ley o por pacto:

a) De forma automática, por efecto de la ley. Del artículo 392.1.º se desprende que la situación de comunidad puede tratarse de un efecto legal automático, que se produce cuando la titularidad de un derecho corresponde a varias personas, salvo que esa cotitularidad se encuentre sometida a reglas diferentes. Luego siempre que la propiedad de un derecho sea atribuida a varias personas pro indiviso habrá una situación de cotitularidad (Capilla Roncero). Ej.: la comunidad se produce por efecto de la ley en el supuesto de la comunidad de herederos; o de la conmixtión (art. 381) como sucede cuando se mezclan dos rebaños sin posibilidad de separarlos.

b) *Voluntariamente.* A la situación de comunidad también se puede llegar voluntariamente: cuando varias personas se ponen de acuerdo para efectuar en común una adquisición; bien porque entre varios compran una cosa, o cuando una cosa es donada a varios.

Una situación similar es la que se produce cuando hay una transmisión parcial de la cosa, cuando su dueño único se desprende de parte de la misma, transmitiendo a un tercero una cuota, y quedando la cosa en situación de indivisión. También puede haber comunidad cuando varios permutan cuotas de sus titularidades inicialmente unitarias (ej., cuando los dueños de dos solares colindantes cuya superficie por separado no llega a formar un solar mínimamente edificable los agrupan para constituir una única finca poder edificar).

8. EXTINCIÓN

La situación de copropiedad se extingue por los siguientes motivos:

1. Por pérdida de la propiedad a través de la prescripción de un tercero.
   Por coincidencia en una misma persona de todas las cuotas (consolidación). Ej.: uno de los copropietarios compra sus cuotas al resto.
2. Por pérdida o destrucción de la cosa o derecho objeto de copropiedad.
3. Por la desaparición de la situación de cotitularidad: por renuncia de uno de los comuneros o enajenación de su cuota. Si bien se extingue solamente la comunidad para él, puesto que su cuota acrece a los demás que continúan en situación de comunidad.
4. Por división de la cosa común: de esta forma el derecho limitado y concurrente se transforma en un derecho singular y exclusivo sobre la cosa.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El Código Civil contempla con recelo la situación de comunidad, por ello la considera como una situación provisional y establece un régimen favorable para la extinción, concediendo a cada condueño la posibilidad de pedir en cualquier momento la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción divisoria.

9. LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

9.1. Acción de división de la cosa común

El artículo 400 CC se ocupa de la acción de división de la cosa común (*actio communi dividundo)* al establecer que «ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común…». A partir del enunciado del precepto, cabe afirmar que no existe una obligación a permanecer en la situación de comunidad y que la división puede pedirse en cualquier momento. Además, se puede transmitir la participación en la comunidad (art. 399) y se puede renunciar a ella con carácter liberatorio de obligaciones para con la comunidad (art. 395 CC) (Miquel González).

Como consecuencia del ejercicio de la *actio communi dividundo*, cada comunero puede obtener una parte material de la cosa en exclusiva, si esta es divisible, o una parte del importe del precio de su venta (Miquel González).

9.2. Límites al ejercicio de la *actio communi dividundo*

El derecho a pedir la división de la cosa común no es absoluto, sino que está sometido a las siguientes limitaciones:

a) *La buena fe.* Si bien la división de la cosa común puede hacerse «en cualquier tiempo», de hecho este derecho es imprescriptible, sin embargo, la buena fe constituye un límite para su ejercicio, como sucede con cualquier derecho (Díez-Picazo).

b) *Pacto de indivisión.* El Código permite la existencia de un pacto de indivisión que no podrá superar los diez años, que serán prorrogables por una nueva convención (art. 400 *in fine*). Transcurridos diez años cualquier comunero podrá solicitar la división, pero también podrá acordarse un nuevo pacto de indivisión, y así sucesivamente, puesto que el Código no ha establecido limitación alguna al número de prórrogas (Martínez de Aguirre). El pacto de indivisión ha de pedirse por todos los comuneros, quien no lo suscriba puede pedir la división, que no podrá ser pedida por aquellos que acordaron la prórroga (Díez-Picazo).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

c) *Prohibiciones de dividir la cosa.* La imposibilidad de dividir la cosa también puede imponerse por el donante o el testador tal como establecen los arts. 1051 y 1052 CC (Miquel González).

d) *Pactos sobre el modo de practicar la división.* Los comuneros pueden pactar anticipadamente la forma en que quieren que se disuelva la comunidad. Pudiendo acordar que la cosa se dividirá materialmente en la forma que acuerden, o que la cosa se venderá a pesar de ser divisible (Miquel González).

e) *La indivisibilidad funcional de la cosa.* La indivisibilidad puede resultar porque la cosa resulte inservible (art. 401 CC: «Los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso al que se destina»), o resultar la cosa esencialmente indivisible. Las cosas a las que se refiere este precepto son aquellas que tienen una utilidad con relación a otras cosas de los partícipes: vestíbulos, patios, etc. Se trata de cosas que estando al servicio de otras por sí solas carecen de valor económico o desmerecen mucho hasta el punto de que nadie las compraría. Hoy en día la mayoría de estos casos están resueltos por aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal, inexistente al promulgarse el Código (Martínez de Aguirre). La divisibilidad económica prevista en el artículo 404 CC es la alternativa a la indivisibilidad material.

f) *La indivisibilidad de la cosa por imperativo legal.* Fuera del Código existen leyes especiales que con la finalidad de impedir la excesiva fragmentación de las fincas rústicas prohíben su división a partir de una superficie mínima (unidades mínimas de cultivo, patrimonio familiar agrícola, etc.) o en el ámbito urbanístico se establecen parcelas mínimas para ser edificables (Díez-Picazo y Gullón).

En ese sentido, el artículo 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, establece que «1. La división o segregación de una finca rústica solo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. 2. Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior».

9.3. La práctica de la acción de división

La división de la cosa común puede realizarse por varios procedimientos. De acuerdo con el art. 402 por los propios interesados o por árbitros o por amigables componedores nombrados a voluntad por los partícipes. También cabe la posibilidad del ejercicio judicial de la acción de división. Así pues son tres las vías para solicitar la división: la negocial, la arbitral y la judicial (Díez-Picazo y Gullón).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

9.4. La división de cosas indivisibles: división civil o económica

El que la cosa sea materialmente indivisible impide su división material, sin embargo, el Código ha contemplado como alternativa su división económica en el artículo 404 CC: «cuando la cosa fuera esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio». En parecidos términos se manifiesta el artículo 1062 CC en sede de partición de herencia al establecer que «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga».

Esta división económica o civil, en la que los partícipes se dividen el precio de la cosa común, es otro modo de dividir la cosa común aun cuando no exista división estricta de la cosa (Miquel González).

La STS 19 julio 2013 (RJ 2013/4640) estima que «el contenido de los artículos 401 y 404 del Código Civil no se refiere a realidades distintas, tratándose de normas que se complementan». En este sentido, la STS 22 enero 2013 (RJ 2013/1825), dice que «la división material se practica cuando la cosa común es divisible y se puede adjudicar una porción a cada comunero; y la división económica, mediante la venta y el reparto del precio en proporción a la cuota de cada uno, cuando la cosa es indivisible físicamente o jurídicamente o por resultar inservible para el uso a que se destina o por desmerecer su valor».

9.5. Efectos de la extinción de la situación de comunidad

Tras la extinción de la comunidad:

1.º *Los comuneros se convierten en propietarios exclusivos de su cuota*. Si se hubiere establecido una servidumbre sobre una cosa común, al ser este un derecho real indivisible, cada antiguo comunero seguirá tolerando el ejercicio de esta. Para proceder a la división se tendrán que liquidar todos los gastos necesarios realizados sobre la cosa.

2.º *Se producirá la individualización registral de los bienes.* En el caso de que se divida una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, el artículo 46 del Reglamento Hipotecario (en adelante RH) establece: «En el caso de que la totalidad de una finca inscrita se divida en dos o más suertes o porciones, se inscribirá cada una de estas como finca nueva y bajo número diferente…».

3.º *Respecto de terceros: los acreedores podrán oponerse a la división de la cosa común.* En este sentido, el artículo 403 CC: «Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso...». Además, la división de una cosa común no perjudicará a tercero, «el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad» (art. 405 CC).

10. COMUNIDADES ESPECIALES

Constituyen comunidades especiales:

- La sociedad de gananciales (arts. 1344 a 1410 CC).
- La comunidad hereditaria (arts. 1051 a 1067 CC).
- Las sociedades sin personalidad jurídica. Según el artículo 1669 CC, no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos de mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros. Se regirá por las disposiciones de la comunidad de bienes.

La comunidad de pastos: servidumbre de pastos (voluntaria), los pastos de una finca sirven para el ganado de fincas ajenas y viceversa (art. 602).

Los montes vecinales en mano común, que según la Ley 55/1980, de 11 noviembre, de montes vecinales en mano común, son aquellos «montes de naturaleza especial que, con independencia de su origen pertenecen a agrupaciones vecinales en calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas y vengan aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquellas en su condición de vecinos». Estos montes también son regulados por leyes autonómicas, como sucede en Galicia con la Ley 13/1989, de 10 de octubre, de montes vecinales en mano común.

11. COMUNIDAD «PRO DIVISO» O IMPROPIA

Situación que se da cuando el poder pleno pertenece a varias personas y entre todas constituyen el señorío total. Se trata de propiedades separadas que concurren sobre cosas que se encuentran en estado de conexión física. Es el supuesto en que una cosa pertenece a diferentes propietarios y cada uno tiene derecho a obtener diferentes aprovechamientos objeto de cada uno de los derechos que recaen sobre la cosa (Miquel González). En estos casos más que una verdadera copropiedad, existe un concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa o una figura de propiedad dividida (Díez-Picazo y Gullón).

El supuesto más habitual es el que a una persona le corresponda el derecho de siembra de una cosa y a otra el derecho sobre el arbolado.

Esta modalidad de comunidad no está regulada por el Código Civil, pero esta figura ha sido admitida por la jurisprudencia y la doctrina.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 7. La propiedad horizontal

1. LA LEY 21 DE JULIO DE 1960 Y SUS REFORMAS

Ley de 26 de octubre de 1939 constituyó la primera regulación de la propiedad horizontal en nuestro país. Actualmente se encuentra regulada por la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (en adelante LPH) que ha sufrido dos importantes modificaciones con la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal y la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Hasta la ley del año 1939, el CC solo dedicaba un artículo, el 396, a la propiedad horizontal, el cual solo se ocupaba de la *contribución* de los propietarios a las *obras necesarias*. Ante la serie de problemas que en la vida practica se suscitaron, sobre todo en materia de normativa aplicable y el interés en promover este tipo de viviendas, se dictó la Ley de 26 de octubre de 1939 (Díez-Picazo y Gullón).

La Ley de 26 de octubre de 1939 solamente reformó el artículo 396 CC que configuraba la propiedad horizontal como una propiedad singular sobre cada piso, unida a una copropiedad indivisible sobre los elementos comunes del inmueble. No obstante el impulso que se dio a la idea de propiedad singular, permanecieron una serie de *residuos de la idea de copropiedad* como el reconocimiento de un derecho de adquisición preferente a favor del resto de propietarios en el caso de enajenación de alguno de los pisos; otro defecto de aquella ley era que se ocupaba solamente de regular los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes, olvidándose del desenvolvimiento de esa propiedad individual y colectiva (límites por razón de vecindad, acuerdos de los propietarios, etc.) (Díez-Picazo y Gullón).

La Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal, extrajo del Código Civil la normativa referente a la institución, para ello en su artículo 1.º se reformó el artículo 396 del CC,[5] (nuevamente modificado por la Ley 8/1999) y quedó reducido a

5. La vigente redacción establece que «Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquel o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas,

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

una norma de remisión, que recoge las normas esenciales de esta clase de propiedad, remitiéndose en lo demás a la LPH. En la Exposición de Motivos de la ley el legislador manifiesta que se trata de la ordenación *ex novo* de manera completa de la propiedad por pisos; lo que conlleva un alejamiento del sistema de la comunidad de bienes, lo que ha supuesto:

a) la *eliminación de los derechos de tanteo y retracto*;
b) la determinación del conjunto de *derechos y deberes* que integran esta propiedad, que antes se dejaban a merced de la autonomía privada que estaba *reflejada en los estatutos*, lo que en realidad suponía que estos los dictaba la empresa promotora del edificio;
c) la imposibilidad del ejercicio de la *actio communi dividundo,* (sobre los elementos comunes) por estar prohibido por el artículo 4 LPH: «la acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta ley...». Solo procede la división en los pisos locales privativos por sus propietarios.

Otra novedad de la Ley 49/1960 es el establecimiento del concepto de coeficiente o de cuota, a fin de precisar el nivel de participación de los propietarios en el uso y disfrute de los elementos comunes, así como el levantamiento de las cargas de uso mantenimiento y conservación de los citados elementos (Prats Albentosa).

La LPH ha sufrido importantes reformas desde su publicación:

En primer lugar, está la reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, que ha introducido las siguientes novedades:

a) Mayor flexibilidad para el régimen de mayoría para el establecimiento de determinados servicios (porterías, ascensores, supresión de barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad de personas con minusvalías, servicios de telecomunicación, aprovechamiento de la energía solar, etc.).
b) Nuevas medidas dirigidas a combatir la morosidad de los propietarios: creando un fondo de reserva, o exigiendo la publicidad en el instrumento

balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquellos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles.
Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y solo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable. En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto. Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

público de transmisión de las cantidades adeudadas por los propietarios, afección real del inmueble transmitido al pago de los gastos generales correspondientes a la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año inmediatamente anterior, responsabilidad solidaria del transmitente que no comunique el cambio de titularidad, atribución de carácter ejecutivo a los acuerdos formalizados en el acta de la Junta de propietarios, establecimiento de un procedimiento ágil y eficaz de ejecución judicial para el cobro de las deudas con la comunidad, etc.

c) Regulación de la formación de las actas de las juntas (art. 19 LPH), algunos cambios en las funciones de los órganos de la comunidad, en particular del administrador, que podrá ser cualquier copropietario u persona física con cualificación profesional suficiente, régimen de convocatorias, ejercicio del derecho de voto, renuncia al cargo del presidente, etc.

La segunda reforma importante ha sido efectuada por la Ley 8/2013, de 26 de julio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana (derogada parcialmente por el TRLSRU/2015) que efectúa las siguientes modificaciones:

a) aumenta el plazo de la «afección real» al incluirse los tres años anteriores (9.1.e LPH);
b) establece toda una serie de supuestos que tendrán carácter obligatorio, sin necesidad de acuerdo de la Junta, cuando lo impongan las administraciones públicas o lo soliciten los propietarios (art. 10.1), entre ellos las obras necesarias para el mantenimiento del inmueble y las necesarias por motivos seguridad, habitabilidad y accesibilidad;
c) supone la práctica desaparición de la unanimidad para la adopción de acuerdos sociales, quedando relegada a los acuerdos no regulados en el art. 17 que supongan una modificación del título constitutivo (17 LPH).

Desde la entrada en vigor de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales el 1 de julio de 2006, las comunidades de propietarios ubicadas en la Comunidad Autónoma de Cataluña se someterán a un régimen jurídico específico y, en todo lo no establecido por esta, será de aplicación lo estipulado en esta Ley de Propiedad Horizontal.

2. NATURALEZA JURÍDICA. FUENTES LEGALES. ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.1. Naturaleza jurídica

Respecto a la naturaleza jurídica, la LPH se sitúa en la línea de la dualidad de propiedades: singular o privativa sobre el piso o local y copropiedad sobre los elementos comunes, si bien dando prevalencia a la primera sobre la segunda (Díez-Picazo y Gullón). Ambas clases de propiedad aparecen descritas en el

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

artículo 3 LPH, al decir que «En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil corresponde a cada piso o local:

a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado.
b) La copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes».

Estos dos tipos de propiedad están modalizadas por la ley, puesto que la propiedad sobre los elementos privativos no es una propiedad normal, ya que si bien el dominio sobre el piso se disfruta en exclusiva, las limitaciones son de tal índole que vienen a desvirtuar el derecho de propiedad en lo que se refiere a la nota de absolutividad, con lo que habría que aproximar el concepto de propiedad horizontal a un fenómeno asociativo o comunitario (Díez-Picazo y Gullón).

La copropiedad sobre los elementos comunes también tiene características especiales, puesto que no es divisible, no cabe la *actio comuni dividundo* como sucede con la copropiedad ordinaria (Albaladejo).

2.2. Fuentes legales de la PH

El artículo 396 CC establece que «esta forma de propiedad [horizontal] se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan por la voluntad de los interesados». De su contenido se deduce que la Propiedad Horizontal se regula:

1.º Por las normas de carácter imperativo de la LPH.
2.º Por la voluntad de los interesados, en el caso de que se manifieste en los estatutos y reglamentos de régimen interior, en aquellos supuestos en que la ley permita la intervención de la autonomía de la voluntad.
3.º Finalmente, se aplicará con carácter supletorio el régimen de la comunidad ordinaria cuando la cuestión afecte a elementos comunes (Díez-Picazo y Gullón).

El sistema de fuentes del art. 396 es distinto al dispuesto en el artículo 392.2.º CC para la comunidad ordinaria; en este último, en primer lugar, se da preferencia a la voluntad privada, después a las disposiciones especiales y, finalmente, a las disposiciones generales sobre la comunidad de bienes.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.3. Objeto y ámbito de aplicación

La LPH tiene por objeto «la regulación de la forma especial de propiedad establecida en el artículo 396 del Código Civil, que se denomina propiedad horizontal. A efectos de esta ley tendrán también la consideración de locales aquellas partes de un edificio que sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común de aquél o a la vía pública» (art. 1 LPH). Se está haciendo referencia a los denominados «anejos», que suelen ser locales pequeños como cocheras o trasteros.

La Ley de Propiedad Horizontal es de aplicación (art. 2 LPH):

a) A las comunidades de propietarios sobre edificios que reuniendo los requisitos del artículo 396 CC han otorgado el título constitutivo previsto en el artículo 5 LPH.

b) A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 CC y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal. «Estas comunidades se regirán, en todo caso, por las disposiciones de esta ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros». Este es el caso de las denominadas propiedades horizontales de facto.

c) A los complejos inmobiliarios privados, en los términos establecidos en la ley (art. 24 LPH).

d) A las subcomunidades entendiendo por tales las que resultan cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica. Este es el caso en que una manzana compuesta por varios edificios e inscrita inicialmente como una sola comunidad horizontal fue dividida en tantas subcomunidades como edificios. La subcomunidad permite que cada bloque funcione de manera más operativa (resoluciones de la DGRN de 23 de julio de 2005, 9 de febrero de 2008 y 22 de septiembre de 2009, y 15 de junio de 2011).

e) A las entidades urbanísticas de conservación en los casos en que así lo dispongan sus estatutos.[6]

2.4. El nacimiento del régimen de la propiedad horizontal

La ley de modo sorprendente guarda silencio respecto al momento en que se produce el nacimiento del régimen de la propiedad horizontal. No obstante,

6. El vigente Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, contempla en su artículo 25.3 la obligatoriedad de constitución de una Entidad de Conservación siempre que el deber de conservación de las obras de urbanización recaiga sobre los propietarios comprendidos en un polígono o unidad de actuación, en virtud de lo que fije el Plan de ordenación o bases del programa de actuación urbanística, o resulte expresamente de disposiciones legales siendo en estos casos la pertenencia a la Entidad obligatoria para todos los propietarios comprendidos en su ámbito territorial.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

se estima que el nacimiento de la propiedad horizontal se produce cuando concurren los siguientes requisitos:

a) La existencia de un edificio dividido en pisos o locales que por su naturaleza sean susceptibles de aprovechamiento independiente con salida propia a la vía pública o a un elemento común (ex art. 596 CC). Este es un requisito meramente físico.
b) El otorgamiento del llamado *título constitutivo* (art. 5 LPH). Este se efectúa a través de la denominada *escritura de división horizontal*. Se exceptúan los supuestos de la denominada propiedad horizontal de facto.
La inscripción de la propiedad horizontal, mediante la escritura de división horizontal, puede tener lugar en cualquier momento del proceso constructivo: durante la construcción o una vez finalizada esta. Así se deduce a partir del artículo 8.4.º LH que establece: «Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: 4.º Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada».
En algunas resoluciones incluso se admite la inscripción de los edificios en proyecto, así como la correspondiente escritura de obra nueva y división horizontal, lo que asimismo permite la inscripción de las denominadas compraventas sobre plano.
c) La transmisión del dominio como mínimo de uno de los pisos o locales, dando lugar a una titularidad dominical separada de al menos dos personas. Por lo general, se trata de la primera venta.

El nacimiento del régimen de la propiedad horizontal no ha de confundirse con la inscripción del título constitutivo (división horizontal). En ocasiones pueden transcurrir varios años, desde el momento del otorgamiento del título constitutivo hasta la venta de uno de los pisos. Durante todo ese período, conocido como situación de «prehorizontalidad», el edificio aunque dividido horizontalmente todavía pertenece a un único dueño y, por lo tanto, sometido al régimen de la propiedad ordinaria. El cambio al régimen de la propiedad horizontal tendrá lugar cuando se haya vendido el primer piso. A partir de ese instante el promotor, que ha dejado de ser propietario único del edifico, está sometido al régimen de propiedad horizontal necesitando el consentimiento del resto de los propietarios para cualquier modificación del título constitutivo.

3. EL TÍTULO CONSTITUTIVO

3.1. El título constitutivo

A. Concepto
El título constitutivo es un negocio jurídico en virtud del cual (Puig Brutau):

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.º se somete expresamente un edificio en su totalidad al régimen de propiedad horizontal de la LPH,[7]
2.º se divide el edificio, en su totalidad, en pisos y locales, independientes,
3.º se describe, tanto el edificio en su conjunto, como cada uno de los pisos y locales que lo integran y se fijan los elementos comunes de unos y de otros.

B. Requisitos formales del título constitutivo

Generalmente, el título constitutivo de la propiedad horizontal se efectúa mediante escritura pública de división horizontal del edificio. De ahí que las expresiones *título constitutivo de la propiedad horizontal* y *escritura de división horizontal* son equivalentes. El promotor del edificio no podrá vender pisos, locales o plazas de garaje mientras no efectúe la división horizontal.

La LPH no exige ninguna formalidad para el otorgamiento del título constitutivo, pero en la realidad se impone su otorgamiento de escritura pública si se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad. Si bien nuestro sistema registral no impone la inscripción obligatoria de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, hay que tener en cuenta que la hipoteca, que es la vía de financiación más habitual para la adquisición de viviendas, exige para su constitución el otorgamiento de escritura pública (art. 1875 CC) y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 145 LH).

En mi opinión, el legislador debería de haber aprovechado cualquiera de las reformas para haber exigido la obligatoriedad del título público y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. Este es el caso previsto en el libro V del Código Civil de Cataluña donde se exige el otorgamiento del título constitutivo en escritura pública (art. 553-3) y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 553-7).

Nada dice la LPH respecto a en qué momento del proceso edificatorio ha de efectuarse otorgamiento del título constitutivo, pero puede realizarse en cualquier momento de la vida del edificio: antes de iniciarse las obras, cuando este todavía está en proyecto, durante la construcción o una vez finalizada esta. Pero como establece el RDGRN de 12 de abril de 2011, «para hacer una división horizontal necesitamos tener previamente inscrita la obra nueva».

La STS 29 abril 2010 (RJ 2010/4355) establece que aunque lo habitual es que el otorgamiento de escritura pública como título constitutivo de la propiedad horizontal se lleve a cabo cuando el edificio esté ya terminado, nada impide que se otorgue cuando no lo esté, tanto más cuanto en el presente caso ya se había constituido un estado de propiedad horizontal aún no declarada mediante la escritura de división en régimen de propiedad horizontal, pero ya se preveía en la escritura de permuta. Es lícita y permitida por la Ley Hipotecaria la constitución y subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad del régimen de propiedad horizontal de un

7. Antes de la LPH 60 cabía la posibilidad de que un piso en parte estuviese dividido en propiedad horizontal y en parte no. La disposición adicional 1.ª de la LPH, otorgó un plazo de dos años para que las comunidades de propietarios adaptasen sus estatutos a lo preceptuado en ella.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

edificio en construcción. Es la situación que se ha llamado de «prehorizontalidad», como estadio preparatorio de la propiedad horizontal, que surgirá definitivamente cuando la construcción esté terminada.

Están legitimados para otorgar el título constitutivo: *a*) el propietario único del edificio (promotor) antes de la venta de uno solo de los pisos o locales, y *b*) todos los copropietarios del edificio a partir de la primera venta.

La aprobación o modificación del título constitutivo exige su aprobación por unanimidad en la Junta de propietarios (art. 17.1). No obstante, en los artículos 10 y 17.2, 3 y 6 LPH aparecen excepciones en las que no se necesita el voto unánime, aunque suponga modificación del título constitutivo.

C. Contenido del título constitutivo

El título constitutivo ha de tener un contenido mínimo:

1.º *Descripción del inmueble en su conjunto*, que debe de hacerse de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, describiendo la naturaleza, situación, linderos, medida superficial, nombre y número si constaren en el mismo; también se harán constar los servicios e instalaciones con que cuente, si bien no lo menciona la ley (Prats Albentosa). También se ha de señalar si el edificio está en proyecto, en construcción o finalizado.

2.º *La descripción de cada piso o local*, expresando su extensión, linderos, planta en que se halle, número correlativo y anejos (buhardilla, sótano, garaje...).

3.º *La cuota o coeficiente de participación de cada propietario.* A tenor de lo establecido en la Exposición de Motivos de la ley: la cuota no es solo la participación en los elementos comunes, sino que expresa activa y pasivamente como módulo para cargas, el valor proporcional del piso (y cuanto a él se considera unido) en el conjunto del inmueble. De modo que el inmueble a un mismo tiempo se divide física y jurídicamente en pisos o locales, se divide así económicamente en fracciones o cuotas.

El título constitutivo también puede contener (art. 5.3.º) los estatutos y los reglamentos de régimen interior. Incluso cualesquiera otras manifestaciones producto de la autonomía de la voluntad.

D. La cuota de participación

La cuota de participación se regula en artículo 3.2 LPH: «A cada piso o local se le atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Las mejoras o menoscabos de cada piso no alterarán la cuota atribuida que solo podrá *podrá variarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 17 de esta Ley*».

La cuota no solo sirve para la determinación de beneficios o cargas, sino que también es tenida en cuenta para el supuesto de destrucción del piso (art. 23), para el caso de construcción de nuevas plantas» (art. 10.1.d), para

poder solicitar la convocatoria de juntas extraordinarias (art. 16) y para determinar la validez de la votaciones (art. 17).
La cuota podrá variarse en los siguientes supuestos:

1.º Cuando los *pisos o locales* y sus anejos sean objeto de división material, para formar otros más reducidos e independientes, o sean aumentados por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o sufran disminución por segregación de alguna parte [arts. 10.1.d) y 3.b) LPH].
2.º Cuando *se construyan nuevas plantas* o se introduzca cualquiera otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes o la constitución de un complejo inmobiliario [arts. 10.1.d) y 3.b) LPH].
3.º Las mejoras y menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida si no media acuerdo unánime (art. 3.2 LPH) que se determinará de acuerdo con lo establecido en los arts. 10 y 17 LPH.

3.2. Los estatutos

La LPH concede una gran importancia a los estatutos. Estos tienen carácter potestativo según se deduce del contenido del artículo 5.3 donde, sin utilizar la expresión estatutos, se refiere a su contenido: «El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho, y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos y locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad».

Los estatutos permiten regular cuestiones referentes al régimen jurídico de la comunidad dentro del estrecho margen que la LPH deja para la autonomía de la voluntad; la mayor parte de los mismos no son sino copia de los preceptos de la ley o, a lo sumo, su adaptación a las particularidades del caso.

En los estatutos suelen insertarse cláusulas en las que se regulan cuestiones como:

a) El destino, uso y aprovechamiento de los bienes privativos y de los bienes comunes. Como el uso exclusivo de terrazas comunes en los patios de luces o áticos por determinados propietarios.
b) Las limitaciones de uso y demás cargas de los elementos privativos.
c) El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.
d) La aplicación de gastos e ingresos y la distribución de cargas y beneficios.
e) La forma de gestión y administración.

Los estatutos pueden ser elaborados por: *a*) el propietario único del edificio en la escritura pública de obra nueva y división horizontal del edificio, antes de efectuarse la primera venta (antes del nacimiento de la propiedad horizontal),

que lo somete previamente al régimen de propiedad horizontal, formando un estado de derecho que aceptarán los futuros adquirentes a medida que realicen sus adquisiciones; *b*) los diferentes titulares de pisos o locales, una vez que ha nacido la propiedad horizontal ya pueden establecer estatutos o variar los existentes. Requiriéndose que *se otorguen por unanimidad* (Díez-Picazo y Gullón).

Los estatutos solo poseen eficacia frente a terceros si han sido inscritos en el Registro de la Propiedad.

3.3. Los reglamentos de régimen interior

Los reglamentos de régimen interior aparecen regulados en el artículo 6 LPH, en el que se dice que tienen por objeto la regulación de «los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la Ley y los estatutos». Así pues, no pueden oponerse a los estatutos ni a la ley. Su contenido habitual suele referirse a la utilización de antenas comunes, utilización de ascensores, tendido de ropa en las terrazas, horarios de recogida de basuras y limpieza de los elementos comunes, uso de los ascensores por los menores, reglas relativas a las zonas deportivas comunes, etc.

Estas normas de régimen interior, a diferencia de los estatutos, obligan no solo a los propietarios de los pisos y locales, sino también a todos los que disfruten de los pisos por cualquier título, como los inquilinos, precaristas, etc. (Martínez de Aguirre). Su modificación solo requiere el sistema de mayoría recogido en el artículo 17.7 LPH, a diferencia de lo que sucede con los estatutos que exigen la unanimidad para su variación (art. 17.6 LPH).

4. LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS Y COMUNES

Sobre la propiedad horizontal confluyen dos modos distintos de ejercer el derecho de propiedad por sus titulares: colectiva o independientemente. Esta doble manera de ejercer el derecho de propiedad tiene su razón de ser en que la ley distingue entre dos categorías de elementos: *privativos* y *comunes*.

4.1. Elementos privativos

Son elementos privativos aquellos que pueden ser objeto de propiedad separada como los diferentes pisos o locales o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquel o a la vía pública, tal como se establece en el artículo 396 CC.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4.2. Elementos comunes

Son elementos comunes, según el artículo 396.2 CC, «todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles».

Esta enumeración no es exhaustiva y puede verse completada, ya que también integran los elementos comunes todos aquellos *servicios comunes*, *obras*, *instalaciones y aparatos destinados al uso común* que puedan haber quedado fuera de la enumeración realizada por el legislador (Prats Albentosa).

Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y solo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.

La doctrina viene distinguiendo dentro de los elementos comunes dos categorías:

- *Elementos comunes por naturaleza*: son aquellos elementos que son comunes de forma objetiva por exigencias de su uso o aprovechamiento, tales como pasillos, terrazas, ascensores, etc. Estos elementos no pueden perder nunca la condición de elementos comunes, de modo que no pueden quedar desafectados ni tan siquiera por acuerdo unánime de todos los propietarios.
- *Elementos comunes por destino*: son aquellos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza, su condición de elemento común es susceptible de ser «desafectada» en el título constitutivo y transformarse en bienes privativos, si así se acordase por la Junta de propietarios. Ej.: sótano dedicado a aparcamiento en el que por ser menor el número plazas disponibles que el de pisos no se ha procedido a su división. La portería también es elemento común por destino, pero en el caso de que se instale un portero automático y se prescinda del servicio de portería, esta puede desafectarse, transformándose en elemento privativo.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

5. DERECHOS Y DEBERES DE LOS PROPIETARIOS

La existencia de dos clases de elementos, privativos y comunes, que configuran el sistema de la propiedad horizontal y sobre los que recaen distintas formas de ejercicio del derecho de propiedad, motivan que el régimen jurídico de los derechos y obligaciones de los propietarios tenga un carácter doble y diferente, según se trate de elementos comunes o privativos.

5.1. Derechos y obligaciones respecto a los elementos privativos

El artículo 3 LPH confiere al dueño de cada piso o local el «derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente se hayan señalado en el título, aunque se hallen fuera del espacio delimitado».

A. *Obras en los elementos privativos*

El artículo 7.1 LPH autoriza al propietario para modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de su piso o local, pero lo supedita a varios requisitos: *a*) que con carácter previo a las obras a realizar de cuenta al presidente de la comunidad; *b*) que con las obras no se menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, y *c*) que no se perjudiquen los derechos de otro propietario.

En el caso de que las obras a realizar no cumplan alguno de los requisitos del artículo 7.1 LPH se tendrá que requerir la previa autorización de la Junta de propietarios (Martínez de Aguirre). Salvo las excepciones del artículo 10 LPH.

En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador.

La STS 2 febrero 2016 (Rec. 2904/2013) establece que «solo procederá el reembolso por la Comunidad de Propietarios al comunero que haya ejecutado unilateralmente obras en zonas comunes cuando se haya requerido previamente al Secretario-Administrador o al Presidente advirtiéndoles de la urgencia y necesidad de aquéllas. En el caso de no mediar dicho requerimiento, la Comunidad quedará exonerada de la obligación de abonar el importe correspondiente a dicha ejecución. No quedará exonerada si la Comunidad muestra pasividad en las obras o reparaciones necesarias y urgentes».

B. *Actividades no permitidas*

De acuerdo con el artículo 7.2, «Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

aquellas actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas».

Se admite la acción de cesación por la SAP A Coruña (S. 3.ª) de 5 abril 2011 (AC 2011/1841) en el caso de un taller de confección de textil con ruido continuo uniforme durante toda la jornada laboral de 7 a 19 horas incluyendo en ocasiones sábados, domingos y festivos. La SAP Castellón (S. 2.ª) 18 octubre 2013 (AC 2003/2042) en un caso de pub con ruidos excesivos hasta muy entrada la madrugada. La SAP Pontevedra (S. 1.ª) 30 abril 2015 (AC 2015/ 673) en un caso de existencia de una actividad insalubre —malos olores— procedente del piso de la demandada, no solo por la existencia de animales, sino también por la acumulación de basuras y desperdicios. La SAP Valladolid (S. 1.ª) 12 enero 2015 (AC 2015/51) por acreditadas actividades molestas y vejatorias contra sus propios vecinos, conductas insolidarias y contrarias a las más mínimas normas de convivencia intervecinal, con causación de daños materiales, insultos, amenazas y agresiones.

El presidente puede requerir el cese de tales actividades, y ante la persistencia en la conducta podrá acudir al juez que podrá ordenar cautelarmente la cesación inmediata de la actividad prohibida. Si finalmente la demanda fuese estimatoria, podrá disponer además del cese definitivo de la actividad, la indemnización por los daños y perjuicios causados, así como la privación del derecho al uso de la vivienda o local por período no superior a tres años (art. 7.2). Si el infractor no fuese el propietario (arrendatario, precarista, etc.), la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento o desalojo (art. 7.2).

5. 2. Derechos y obligaciones respecto a los elementos comunes

A. Derechos

Para que los propietarios de los elementos privativos puedan obtener un adecuado uso y disfrute de los mismos, los artículos 396.1 CC y 3.b LPH les confieren un derecho de copropiedad sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes. Lo cual significa que la LPH prevé un régimen jurídico destinado a regular los conflictos que surjan entre los propietarios de los elementos privativos, con relación a los elementos comunes, en lo no previsto por la LPH se acudirá al régimen del Código Civil para la comunidad de bienes (Prats Albentosa).

B. Obligaciones de cada propietario

El propietario de un piso o local o las partes susceptibles de aprovechamiento independiente, tiene una serie de obligaciones como consecuencia de su condición de copropietario respecto de los elementos comunes del edifico. Según el artículo 9 LPH, son las siguientes:

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

a) Respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o de uso privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos.

b) Mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas; la Junta podrá interponer una acción por resarcimiento de daños que se ocasionen por el «descuido» del propietario.

c) Consentir que se realicen en su piso o local «las reparaciones *que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente Ley, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados*».

d) Permitir al efecto la entrada a su piso o local a los efectos de los apartados anteriores.

e) Contribuir *con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización* [art. 9.e)].

El piso estará afecto (será susceptible de embargo) para cubrir el importe de los créditos derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores.

La anterior afectación alcanzará incluso a los nuevos adquirentes de la finca, ya que estos responderán con el inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad, en concepto de gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite descrito. La responsabilidad del anterior adquirente será solidaria con la del nuevo, si no notifica el cambio de titularidad al secretario (arts. 9.i y 21.4 LPH).

En la escritura pública en las que se transmita, la vivienda o local deberá constar que el transmitente se halla al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude, para ello se acompañará por certificación del secretario de la comunidad. Salvo que el adquirente le exonere de aquella obligación [art. 9.e).IV].

A esta figura la doctrina le denomina «afección real» se trata de un mecanismo jurídico por el cual un determinado bien responde —queda afecto— del pago de una deuda, con independencia de que el deudor originario sea el titular del bien o lo haya transmitido a un tercero. Por ello, el adquirente del bien afecto se convierte automáticamente en responsable del pago de dicha deuda, tendrá que pagarla si no quiere que se ejecute el bien adquirido.

En el caso de que el propietario, o posterior adquirente, no satisfagan las deudas por gastos generales, estas pueden ser reclamadas judicialmente, en proceso monitorio, por el presidente o el administrador. Bastando para ello la certificación del acuerdo de la Junta en la que se

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

aprobase la liquidación de deuda, certificación a la que la doctrina le otorga la condición de título ejecutivo (art. 21 LPH).

f) Contribuir, con arreglo a su respectiva cuota de participación, a la dotación del fondo de reserva que existirá en la comunidad de propietarios para atender las obras de conservación y reparación de la finca y, en su caso, para las obras de rehabilitación (art. 9.f).
El fondo de reserva, cuya titularidad corresponde a todos los efectos a la comunidad, estará dotado con una cantidad que en ningún caso podrá ser inferior al 10 por ciento de su último presupuesto ordinario.
Con cargo al fondo de reserva, la comunidad podrá suscribir un contrato de seguro que cubra los daños causados en la finca o bien concluir un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones generales.

g) Observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante estos de las infracciones cometidas y de los daños causados. (Incluso por quien ocupe su piso o local.) (art. 9.g LPH).

h) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario su domicilio en España a efectos de citaciones y notificaciones de toda índole relacionadas con la comunidad (art. 9.h).

i) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario el cambio de titularidad de la vivienda o local. Ante el incumplimiento de esta obligación el antiguo titular seguirá respondiendo solidariamente junto con el nuevo adquirente por las deudas devengadas con la comunidad posteriores a la transmisión.

Para la aplicación de las reglas del apartado anterior se reputarán generales los gastos que no sean imputables a uno o varios pisos o locales, sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17.4.

5.3. Obligaciones de la comunidad

Las obligaciones de la comunidad han quedado fijadas en el artículo 10 LPH que ha sido objeto de una profunda reforma por la Ley 8/2013. A partir de la nueva redacción dejará de ser necesario el acuerdo previo de la Junta de propietarios en numerosas actuaciones, aun cuando supongan modificación del título constitutivo o de los estatutos, cuando vengan impuestas por las administraciones públicas o solicitadas a instancia de los propietarios. De modo que la comunidad queda automáticamente obligada, a consentir y asumir sus costes, las siguientes actuaciones descritas en el artículo 10.1 LPH, bien por ser impuestas por la Administración, bien por solicitud del comunero afectado:

a) Los trabajos y las obras que resulten necesarias para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus

servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, así como las condiciones de ornato y cualesquiera otras derivadas de la imposición, por parte de la Administración, del deber legal de conservación.

b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido.

También será obligatorio realizar estas obras cuando las ayudas públicas a las que la comunidad pueda tener acceso alcancen el 75 % de su importe.

c) La ocupación de elementos comunes del edificio o del complejo inmobiliario privado durante el tiempo que duren las obras a las que se refieren las letras anteriores.

d) La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes, así como la constitución de un complejo inmobiliario[8] […], que resulten preceptivos a consecuencia de la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbana.

e) Los actos de división material de pisos o locales y sus anejos para formar otros más reducidos e independientes, el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o su disminución por segregación de alguna parte, realizados por voluntad y a instancia de sus propietarios, cuando tales actuaciones sean posibles a consecuencia de la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas. Siempre que sean preceptivas en virtud de lo establecido en el artículo 24.5 TRLSRU/2015.

Todas las actuaciones descritas, salvo las relativas a las modificaciones de pisos o locales (letra E), por referirse únicamente a elementos privativos, tienen la condición de «necesarias u obligatorias», en consecuencia de acuerdo con el artículo 10.2 LPH:

a) Serán costeadas por los propietarios de la correspondiente comunidad o agrupación de comunidades, limitándose el acuerdo de la Junta a la dis-

8. El complejo inmobiliario, tal y como ahora se prevé en el artículo 26.4 a 6 TRLSRU.

tribución de la derrama pertinente y a la determinación de los términos de su abono.

b) Los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa.

c) Los pisos o locales quedarán afectos al pago de los gastos derivados de la realización de dichas obras o actuaciones en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales.

El nuevo artículo 10.3 LPH, introduce como novedad la necesidad de «autorización administrativa» para cualquier actuación en materia de obras o cambios en la finca, distintas a las previstas en el artículo 10.1 LPH. Ese es el caso de:

a) La constitución y modificación del complejo inmobiliario ex artículo 17.6 LTRS.

b) El aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurran los requisitos del artículo 17.6 TRLS. Siempre que «así se haya solicitado, previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes».

En estos supuestos, además, deberá constar el consentimiento de los titulares afectados y corresponderá a la Junta de propietarios, de común acuerdo con aquellos, y por mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios, la determinación de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda. La fijación de las nuevas cuotas de participación, así como la determinación de la naturaleza de las obras que se vayan a realizar, en caso de discrepancia sobre las mismas, requerirá la adopción del oportuno acuerdo de la Junta de propietarios, por idéntica mayoría. A este respecto también podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley.

6. LOS ÓRGANOS DE LA COMUNIDAD

La comunidad de propietarios cuenta con diversos órganos, pese a que la propiedad horizontal carece de la consideración de persona jurídica. Los órganos de la comunidad son los siguientes: la Junta de propietarios, el presidente y, en su caso los vicepresidentes, el secretario y el administrador (art. 13.1 LPH). En los estatutos, o por acuerdo mayoritario de la Junta de propietarios, podrán establecerse otros órganos de gobierno de la comunidad, sin que ello pueda suponer

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

menoscabo alguno de las funciones y responsabilidades frente a terceros que esta ley atribuye a los anteriores (art. 13.1 *in fine* LPH).

6.1. La Junta de propietarios

A. Concepto y facultades de la Junta de propietarios

La Junta de propietarios es el órgano deliberante de la comunidad, integrada por todos los propietarios de elementos privativos, en ella reside la toma de decisiones que con sujeción a la ley, afecten a la vida de la comunidad; la Junta es la manifestación de la voluntad colectiva. La Junta de propietarios solo está compuesta por quienes tengan la condición de propietarios, con independencia de que sean otras personas las que se encuentren usando sus pisos o locales. No forman parte de la junta quienes ocupen los inmuebles por cualquier título distinto al de propietario. Cuando la Junta ha de manifestar su voluntad al exterior se sirve de otro órgano que tiene carácter representativo, el presidente.

El régimen jurídico de la Junta de propietarios está contenido en los artículos 14 a 19 LPH.

Las competencias de la Junta aparecen enumeradas en el artículo 14 LPH:

1. Nombrar y remover a los cargos [presidente, administrador y secretario] mencionados en el artículo anterior y resolver las reclamaciones que los titulares de los pisos o locales formulen contra la actuación de aquellos.
2. Aprobar el plan de gastos e ingresos previsible y las cuentas correspondientes.
3. Aprobar los presupuestos y la ejecución de obras de reparación de la finca, tanto extraordinarias y de mejora, y recabar fondos para las mismas.
4. Aprobar y reformar los estatutos y las normas de régimen interior.

No obstante, en la LPH aparecen reguladas de forma dispersa otra serie de facultades que corresponden a la Junta de propietarios:

- Exigir a los titulares de apartamentos o a sus meros ocupantes la responsabilidad dimanante de las infracciones cometidas por dichos ocupantes (art. 9.g).
- Acordar la interposición de la «acción de cesación» ante el juzgado para obtener la privación del uso del piso o local por partes de los ocupantes de apartamentos que infrinjan las disposiciones sobre su uso o destino (art. 7.2.III).
- Aprobar la constitución y modificación del complejo inmobiliario de acuerdo con la legislación del suelo (art. 10.3.a LPH).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

- Aprobar la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurran los requisitos a que alude la Ley del Suelo (art. 10.3.B LPH).

B. Asistencia a las reuniones de la junta y derecho de voto

Los propietarios podrán asistir a la Junta de propietarios personalmente o mediante representante, legal o voluntario. Será suficiente un escrito firmado por el propietario para acreditar la representación (art. 15 .1 LPH).

La LPH establece medias especiales para cuando un piso o local perteneciese «pro indiviso» a diferentes propietarios o se hallare en usufructo (art. 15.1 LPH).

No tendrán derecho al voto, de acuerdo con el artículo 15.2 LPH, aquellos propietarios que «en el momento de iniciarse la junta no se encontrasen al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas o procedido a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada». No obstante, podrán participar en sus deliberaciones sin derecho de voto. El acta de la Junta reflejará los propietarios privados del derecho de voto, cuya persona y cuota de participación en la comunidad no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en esta ley.

C. Clases de juntas. Convocatoria y desarrollo

La Junta, según el artículo 16 LPH, se reúne como mínimo, es decir obligatoriamente, una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas (*Junta ordinaria anual*). También se reunirá en tantas ocasiones como lo considere conveniente el presidente o lo pidan la cuarta parte de los propietarios, o un número de estos que representen al menos un 25 % de las cuotas de participación (*Junta extraordinaria*). La Junta, según el artículo 16.3 LPH, también podrá reunirse válidamente sin convocatoria, siempre que concurran la totalidad de los propietarios y así lo decidan (*Junta universal*).

En la convocatoria de las juntas, efectuada por el presidente, o en su defecto por los promotores de la reunión, se hará indicación de los asuntos a tratar, el lugar, día y hora en que se celebrará en primera o, en su caso, en segunda convocatoria. La convocatoria contendrá una relación de los propietarios que no estén al corriente en el pago de las deudas vencidas a la comunidad y advertirá de la privación del derecho de voto (art. 16.2 LPH).

La convocatoria se enviará a los propietarios al domicilio que hayan designado a efectos de citaciones y notificaciones, y en caso de imposibilidad se efectuará en el tablón de anuncios de la comunidad (art. 9.h LPH).

Cualquier propietario podrá pedir que la Junta de propietarios estudie y se pronuncie sobre cualquier tema de interés para la comunidad; a tal efecto dirigirá un escrito, en el que especifique claramente los asuntos que pide

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

sean tratados, al presidente, el cual los incluirá en el orden del día de la siguiente junta que se celebre.

En primera convocatoria se exige un *quorum* de la mayoría de los propietarios, en caso contrario se procederá a una segunda convocatoria de la misma, esta vez sin sujeción a *quorum*.

La Junta se reunirá en segunda convocatoria en el lugar, día y hora indicados en la primera citación, pudiendo celebrarse el mismo día si hubiese transcurrido media hora desde la anterior. En su defecto, será nuevamente convocada, conforme a los requisitos establecidos en este artículo, dentro de los ocho días naturales siguientes a la junta no celebrada, cursándose en este caso las citaciones con una antelación mínima de tres días.

La citación para la Junta ordinaria anual se hará con una antelación mínima de seis días, y las extraordinarias, con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados.

D. Adopción de acuerdos

Los acuerdos de la Junta de propietarios se ajustan a una serie de reglas que oscilan desde la unanimidad, pasando por los 3/5, la mayoría simple y un tercio de los integrantes, que a su vez supongan idénticas participaciones. El artículo 17 LPH para la validez de los acuerdos exige los siguientes números de votos:

a) *Una tercera parte*. Para la instalación de infraestructuras comunes para los servicios de telecomunicación regulados en el RD 1/1998, o la adaptación de los existentes, así como la instalación de sistemas, comunes o privativos, de aprovechamiento de energías renovables, o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, podrá ser acordada por 1/3 de los integrantes de la comunidad que representen 1/3 de las cuotas (art. 17.1 LPH).
Los gastos por instalación, mantenimiento y reparación de estos servicios solo serán repercutibles sobre aquellos propietarios que los hubiesen votado.

b) *La mayoría.* Para la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con discapacidad y, en todo caso, el establecimiento de los servicios de ascensor, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. Todo ello sin perjuicio de lo previsto para idénticas obras en el artículo 10.1b) en los que no será necesaria la autorización de la Junta.
Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos, aun cuando su importe repercutido anualmente exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes.

c) *Tres quintas partes.* Para el establecimiento o supresión de los servicios de portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

interés general, supongan o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirán el voto favorable de las 3/5 partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 partes de las cuotas de participación (art. 17.3 LPH).

Idéntico régimen se aplicará al arrendamiento de elementos comunes que no tengan asignado un uso específico en el inmueble y el establecimiento o supresión de equipos o sistemas, no recogidos en el apartado 1, que tengan por finalidad mejorar la eficiencia energética o hídrica del inmueble. En este último caso, los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a esta norma obligan a todos los propietarios. No obstante, si los equipos o sistemas tienen un aprovechamiento privativo, para la adopción del acuerdo bastará el voto favorable de 1/3 de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, 1/3 de las cuotas de participación, aplicándose, en este caso, el sistema de repercusión de costes establecido en dicho apartado.

d) *Tres quintas partes.* Para realizar innovaciones, nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, no exigibles y cuya cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes requerirán el voto favorable de las 3/5 partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 partes de las cuotas de participación (art. 17.4 LPH).

En este caso el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja. Si el disidente desea, en cualquier tiempo, participar de las ventajas de la innovación, habrá de abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados mediante la aplicación del correspondiente interés legal.

No podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso.

e) *La unanimidad.* Para los acuerdos no regulados expresamente en el artículo 17 LPH que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación (art. 17.7 LPH).

En mi opinión, la unanimidad debería de haber sido erradicada de la LPH, puesto que carece que un único propietario pueda vetar cualquier decisión que afecte a la comunidad por importante que sea. Lo lógico hubiera sido aprovechar la reforma de la Ley 8/2013 para imponer una mayoría reforzada para las modificaciones de título constitutivo y estatutos.

f) *Mayoría.* Para la validez de los demás acuerdos —no contemplados en el artículo 17 LPH— bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que esta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes (art. 17.7 LPH).

No se exige ningún número de votos a favor, sino simplemente la comunicación previa a la comunidad, para la instalación de un punto de recarga de vehículos eléctricos para uso privado en el aparcamiento del edificio, siempre que este se ubique en una plaza individual de garaje, solo requerirá la comunicación previa a la comunidad. El coste de dicha instalación y el consumo de electricidad correspondiente serán asumidos íntegramente por el o los interesados directos en la misma.

Una vez que en el artículo 17 LPH, apartados 1.º a 7.º, se han establecido las reglas para determinar los votos necesarios para aprobar las distintas clases de acuerdos, se establecen una serie de reglas que se aplican a los supuestos anteriores:

1.º Salvo en los supuestos expresamente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la junta a favor del acuerdo, o en los casos en los que la modificación o reforma se haga para aprovechamiento privativo se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción (art. 17.8 LPH).

2.º Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en este artículo obligan a todos los propietarios (art. 17.9 LPH).

3.º En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la Junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley (art. 17.10 LPH).

4.º Las derramas para el pago de mejoras realizadas o por realizar en el inmueble serán a cargo de quien sea propietario en el momento de la exigibilidad de las cantidades afectas al pago de dichas mejoras (art. 17.11 LPH).

E. Documentación de los acuerdos de la Junta

Los acuerdos de la Junta se documentarán en el libro de actas diligenciado por el registrador de la propiedad en la forma en que reglamentariamente se disponga (art. 19 LPH). En este precepto se establece el contenido, cierre y subsanación de los defectos o errores del acta (Martínez de Aguirre).

El contenido del acta. Según el artículo 19.2, el acta deberá contener como mínimo: *a*) la fecha y el lugar de celebración; *b*) el autor de la convocatoria y, en su caso, los propietarios que la hubiesen promovido; *c*) su carácter ordinario o extraordinario y la indicación sobre su celebración en primera o segunda convocatoria; *d*) relación de todos los asistentes y sus respectivos

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

cargos, así como de los propietarios representados, con indicación, en todo caso, de sus cuotas de participación; *e*) el orden del día de la reunión, y *f*) los acuerdos adoptados, con indicación, en caso de que ello fuera relevante para la validez del acuerdo, de los nombres de los propietarios que hubieren votado a favor y en contra de los mismos, así como de las cuotas de participación que respectivamente representen.

El cierre del acta. Dice el artículo 19.3 LPH que el acta deberá cerrarse con las firmas del presidente y del secretario al terminar la reunión o dentro de los diez días naturales siguientes. Desde su cierre los acuerdos serán ejecutivos, salvo que la ley previere lo contrario. El acta de las reuniones se remitirá a los propietarios al domicilio facilitado al secretario a efectos de citaciones y notificaciones (art. 9.h LPH).

Subsanación de errores. Serán subsanables los defectos o errores del acta antes de la siguiente reunión de la Junta de propietarios, que deberá ratificar la subsanación. No obstante, para ello el acta a subsanar ha de expresar inequívocamente la fecha y lugar de celebración, los propietarios asistentes, presentes o representados, y los acuerdos adoptados, con indicación de los votos a favor y en contra, así como las cuotas de participación que respectivamente suponga y se encuentre firmada por el presidente y el secretario (art. 19.3 LPH).

El secretario custodiará los libros de actas de la Junta de propietarios. Asimismo deberá conservar, durante el plazo de cinco años, las convocatorias, comunicaciones, apoderamientos y demás documentos relevantes de las reuniones (art. 19.4 LPH).

F. Impugnación de los acuerdos de la Junta

Los acuerdos de la Junta de propietarios son ejecutivos desde el «cierre del acta», salvo que la ley previere lo contrario (art. 19.3 LPH). Estos acuerdos, aun a pesar de su carácter ejecutivo pueden ser impugnados ante los tribunales de acuerdo con lo previsto en el artículo18 LPH que señala las causas, legitimación y plazos para su impugnación.

a) *Causas de impugnación.* De acuerdo con el artículo 18.1 LPH, los acuerdos de la Junta de propietarios pueden ser impugnados cuando: *a*) sean contrarios a la ley o a los estatutos; *b*) resulten gravemente lesivos para los intereses de la comunidad en beneficio de algunos propietarios, y *c*) supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho.

b) *Legitimación.* Estarán legitimados para la impugnación de estos acuerdos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto. Para impugnar los acuerdos de la Junta el propietario deberá estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a su consignación judicial (art. 18.2 LPH).

La legitimación pasiva, de acuerdo con el artículo 13.3 LPH, la tendrá la comunidad en la persona de su presidente por tener la representación legal de la comunidad en juicio y fuera de él (Martínez de Aguirre).

c) *Plazo de impugnación.* La acción de impugnación caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de propietarios, pero si se trata de actos contrarios a la Ley o los Estatutos la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9.

La impugnación de los acuerdos de la Junta no suspenderá su ejecución, salvo que el juez así lo disponga con carácter cautelar, a solicitud del demandante, oída la comunidad de propietarios.

6.2. El presidente, vicepresidente, secretario y administrador

A. El presidente

El presidente representa en juicio y fuera de él a la comunidad en los materias que la afecten (art. 13.3 LPH). El presidente será nombrado, entre los propietarios mediante elección o, subsidiariamente, mediante turno rotatorio o sorteo. El nombramiento será obligatorio, si bien el propietario designado podrá solicitar su relevo al juez dentro del mes siguiente a su acceso al cargo, invocando las razones que le asistan para ello. El juez, a través del procedimiento establecido en el artículo 17.7.ª, resolverá de plano lo procedente, designando en la misma resolución al propietario que hubiera de sustituir, en su caso, al presidente en el cargo hasta que se proceda a nueva designación en el plazo que se determine en la resolución judicial.

Igualmente podrá acudirse al juez cuando, por cualquier causa, fuese imposible para la Junta designar presidente de la comunidad (art. 13.2 LPH).

Su nombramiento se hace por un año salvo que los estatutos dispongan otra cosa. Puede ser removido de su cargo antes de la expiración de su cargo en junta de propietarios, convocada en sesión extraordinaria (art. 13.7 LPH).

Según Díez-Picazo y Gullón, el presidente no es un representante en sentido técnico, sino que actúa como un auténtico órgano de la comunidad, personificándola en sus relaciones externas, sustituyendo con su voluntad la auténtica voluntad social o común, viniendo a ser un puro instrumento físico a través del cual actúa la comunidad, ello permite considerar todo lo realizado por el presidente como realizado por la comunidad, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho presidente y la comunidad.

La función principal del presidente es la de representar a la comunidad en todos los ámbitos y en todos los asuntos que le afecten (art. 13.3 LPH). Además, también realiza las siguientes funciones:

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.º Requerir a quien realice las actividades prohibidas en los estatutos la cesación en las mismas, y previa autorización de la Junta entablar ante los tribunales acción de cesación (art. 7.2 LPH).
2.º Prestar el visto bueno a la certificación del estado de deudas con la comunidad del transmitente de un piso o local (art. 9 e) IV).
3.º Firmar junto con el secretario las notificaciones efectuadas en el tablón de anuncios cuando fuera imposible practicarlas en el domicilio indicado por algún propietario (art. 9 h) IV).
4.º Convocar y presidir las juntas (art. 16.1 y 2 LPH).
5.º Cerrar el acta de cada junta con su firma y la del Secretario (art. 19.3 LPH).
6.º Actuar como Secretario y Administrador si no los hubiera (art. 13.5).
7.º Exigir judicialmente a los propietarios el cumplimiento de las obligaciones de contribuir a los gastos generales (art. 9.e LPH) y al fondo de reserva (art. 9.f LPH) en su caso, según los artículos 21.1 y 2 LPH.

B. El vicepresidente

El cargo de vicepresidente o vicepresidentes, ya que la LPH admite que se nombren a varios, es facultativo. De existir este cargo habrá de ser nombrado por idéntico procedimiento al de presidente. Son atribuciones del vicepresidente: sustituir al presidente en los casos de ausencia, vacante o imposibilidad de este, así como asistirlo en el ejercicio de sus funciones en los términos que establezca la Junta de propietarios (art. 13.4.II).

C. El secretario

Las funciones del secretario y del administrador serán ejercidas por el presidente de la comunidad, salvo que los estatutos o la Junta de propietarios por acuerdo mayoritario, dispongan la provisión de dichos cargos separadamente de la presidencia (art. 13.5 LPH).

Los cargos de secretario y administrador podrán acumularse en una misma persona o bien nombrarse independientemente (art. 13.6 LPH). Salvo que los estatutos de la comunidad dispongan lo contrario, el nombramiento de los cargos de secretario y administrador, se hará por el plazo de un año, los designados podrán ser removidos de su cargo antes de la expiración del mandato por acuerdo de la Junta de propietarios, convocada en sesión extraordinaria (art. 13.7 LPH). Para desempeñar ambos cargos no se requiere ser propietario, por lo que «podrá ser ejercido por cualquier propietario, así como por personas físicas con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida para ejercer dichas funciones. También podrá recaer en corporaciones y otras personas jurídicas en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico» (art. 13.6 *in fine* LPH). Así pues, con esta modificación efectuada por la Ley 8/1999, se permitió que se profesionalizase la gestión de la comunidades de propietarios.

Sobre la comunidad de propietarios inciden multitud de normas administrativas, fiscales, laborales, de seguridad social, etc., en consecuencia en la realidad viene imponiéndose la existencia de un secretario-administrador profesional, no propietario, que ejerce al mismo tiempo las funciones de secretario (Martínez de Aguirre).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Corresponde al secretario:

1.º Cerrar el acta de cada reunión de la Junta de con su firma y la del presidente (art. 19.3 LPH).
2.º Custodiar los libros de actas de la Junta de propietarios. Asimismo, deberá conservar, durante el plazo de cinco años, las convocatorias, comunicaciones, apoderamientos y demás documentos relevantes de las reuniones (art. 19. 4 LPH).
3.º Expedir —con el visto bueno del presidente— certificaciones relativas a cuestiones de la comunidad: las referentes al impago de los gastos de comunidad a los efectos de acudir a la vía judicial (art. 21.1 LPH); las relativas al estado de las deudas de la comunidad, en los casos de transmisión de la vivienda o local, para que pueda otorgarse la correspondiente escritura pública (art. 9.e LPH).
4.º Practicar —con el visto bueno del presidente— citaciones y notificaciones a los propietarios relacionadas con la comunidad (art. 9.h).

D. El administrador

El administrador constituye el llamado órgano de gestión. Su nombramiento tiene carácter facultativo, si los estatutos los determinan o los propietarios lo acuerdan se nombrará por la Junta un administrador, en su defecto será el presidente el que ostente sus funciones (art. 13.5 LPH). El cargo de administrador, como ya hemos referido, en la práctica suele ser ejercido por un profesional no propietario, de forma acumulada con la de secretario.

Las funciones del administrador aparecen recogidas en el artículo 20 LPH: 1.º Velar por el buen funcionamiento del edificio, sus instalaciones y servicios, y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares. 2.º Preparar y someter a la Junta el plan de gastos, proponiendo los medios necesarios para hacer frente a los mismos. 3.º Atender a la conservación y entretenimiento de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta de ellas al presidente o, en su caso, a los propietarios conservación y entretenimiento de la casa, reparaciones ordinarias. 4.º Ejecutar los acuerdos adoptados en materia de obras y efectuar los pagos y realizar los cobros que sean procedentes. 5.º Actuar, en su caso, como secretario de la Junta y custodiar a disposición de los titulares la documentación de la comunidad. 6.º Todas las demás atribuciones que se confieran por la Junta.

7. LAS DEUDAS DE LA COMUNIDAD

La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor (art. 22.1 LPH). En el caso de que la comunidad no pudiese hacer frente a sus deudas, la LPH establece la responsabilidad subsidiaria de todos los propietarios: «Subsidiariamente y previo requerimiento

de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho».

8. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD

El artículo 23 LPH establece que el régimen de propiedad horizontal se extingue:

- «1. Por la destrucción del edificio, salvo pacto en contrario. Se estimará producida aquella cuando el coste de la reconstrucción exceda del 50 % del valor de la finca al ocurrir el siniestro, a no ser que el exceso de dicho coste sea cubierto por un seguro».
- «2. Por conversión en propiedad o copropiedad ordinarias». Lo cual exige que todos los pisos o locales pasen a ser de un único propietario y que además, de modo expreso, manifieste su voluntad de cambiar el régimen, lo que exigirá la modificación del título constitutivo y su inscripción en el Registro de la Propiedad. El segundo supuesto supondría que entre varias personas se compra la totalidad del edificio o que todos los propietarios de la comunidad deciden por unanimidad el cambio de régimen, que también exigirá la modificación de los correspondientes asientos registrales.

9. LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS PRIVADOS

El régimen de PH será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos (art. 24.1 LPH):

a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales.
b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.

Estos complejos inmobiliarios privados podrán constituirse (art. 24.2 LPH):

a) En una sola comunidad de propietarios. Que deberá de constituirse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 LPH.
b) En una agrupación de comunidades de propietarios. A tal efecto, se requerirá que el título constitutivo de la nueva comunidad agrupada sea otorgado por el propietario único del complejo o por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquella, previamente autorizadas por acuerdo mayoritario de sus respectivas juntas de propietarios. El

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

título constitutivo contendrá la descripción del complejo inmobiliario en su conjunto y de los elementos, viales, instalaciones y servicios comunes. Asimismo, fijará la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas, las cuales responderán conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada. El título y los estatutos de la comunidad agrupada serán inscribibles en el Registro de la Propiedad.

1. La agrupación de comunidades a que se refiere el apartado anterior gozará, a todos los efectos, de la misma situación jurídica que las comunidades de propietarios y se regirá por las disposiciones de esta ley, con las siguientes especialidades:

   a) La Junta de propietarios estará compuesta, salvo acuerdo en contrario, por los presidentes de las comunidades integradas en la agrupación, los cuales ostentarán la representación del conjunto de los propietarios de cada comunidad.
   b) La adopción de acuerdos para los que la ley requiera mayorías cualificadas exigirá, en todo caso, la previa obtención de la mayoría de que se trate en cada una de las juntas de propietarios de las comunidades que integran la agrupación.
   c) Salvo acuerdo en contrario de la Junta, no será aplicable a la comunidad agrupada lo dispuesto en el artículo 9 de esta ley sobre el fondo de reserva.

   La competencia de los órganos de gobierno de la comunidad agrupada únicamente se extiende a los elementos inmobiliarios, viales, instalaciones y servicios comunes. Sus acuerdos no podrán menoscabar en ningún caso las facultades que corresponden a los órganos de gobierno de las comunidades de propietarios integradas en la agrupación de comunidades.
2. A los complejos inmobiliarios privados que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2 les serán aplicables, supletoriamente respecto de los pactos que establezcan entre sí los copropietarios, las disposiciones de esta ley, con las mismas especialidades señaladas en el apartado anterior.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 8. El derecho de superficie. Derechos de sobreedificación y subedificación

1. EL DERECHO DE SUPERFICIE

1.1. Origen histórico y concepto

El derecho de superficie está en íntima relación con el derecho de accesión. Normalmente, la superficie pertenece al dueño del suelo, en virtud del principio de accesión (art. 350 CC), pero como este principio tiene carácter dispositivo, el dueño puede, en virtud de la facultad de libre disposición, transmitir a un tercero el derecho para edificar o plantar o el uso de lo edificado o plantado (Castán). La superficie originariamente fue utilizada en Roma como medio para permitir a los particulares el goce exclusivo de bienes inmuebles de dominio público, de modo gratuito o a cambio de precio, por tiempo indefinido o temporal. Lo destacable de esta figura era que los bienes públicos, aunque fuesen disfrutados en exclusiva por unos particulares, no quedaban desafectados, no perdían su condición pública y que seguían perteneciendo al dominio público (Prats Albentosa). El Código únicamente menciona de pasada este derecho en el art. 1611 al referirse a la redención de los censos, señalando en su párrafo tercero que la redención no será aplicable —entre otros— a «los derechos de superficie».

El derecho de superficie ha sido definido como aquel de naturaleza real por cuya virtud una persona (*concedente)* otorga a otra *(superficiario)* el derecho a levantar en el suelo de su propiedad edificios o plantaciones de las que deviene titular el que las hace, bajo ciertas y determinadas condiciones (Puig Peña).

Según Díez-Picazo y Gullón, el derecho de superficie, en su variedad urbana, es el derecho real que confiere a su titular el poder de *edificar* en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido; pero también caben otras modalidades en las que el superficiario construya, en base a su derecho, sobre el subsuelo

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

o vuelo ajeno. Por ejemplo, cuando el dueño de un edificio, conceda a un tercero el poder de elevar sobre él una o varias plantas o excavar un subterráneo debajo del mismo.

En su variedad rústica, el derecho de superficie, permite a su titular *plantar o sembrar* en suelo ajeno teniendo la propiedad de lo plantado o sembrado. Acabado el plazo, en todos los casos, el propietario recupera el dominio pleno del suelo y adquiere la propiedad de lo edificado o plantado.

La característica principal de este derecho real es la separación entre el dominio de lo construido o plantado o sembrado y el suelo sobre el que se efectúa. El primero corresponde al titular de la superficie, y el segundo al concedente de la misma (Díez-Picazo y Gullón). De ahí que se diga que este derecho «atribuye a su titular la propiedad separada sobre lo edificado en suelo ajeno» (Pérez Álvarez).

El derecho de superficie constituye una derogación del principio de accesión, el cual establece que el propietario del suelo es dueño de cuanto en él se construya, plante o siembre por un tercero; por el contrario, durante la vigencia del derecho de superficie el titular del derecho podrá construir, plantar o sembrar en el suelo ajeno, y se le reconocerá el dominio de lo construido, plantado o sembrado, con plenas facultades.

En el momento en que se extinga el derecho de superficie concedido, bien por transcurso del plazo o por cualquier otra circunstancia, el derecho de accesión vuelve a producir plenos efectos aplicándose el principio *superficies solo cedit*; revertiendo a favor del dueño todo aquello que se le haya incorporado (edificado o plantado) durante la vigencia del derecho de superficie (Prats Albentosa).

1.2. Naturaleza jurídica del derecho de superficie

Varias son las teorías respecto de la naturaleza de este derecho.

1.º La romanista, que considera la superficie como un derecho real que recae sobre un bien de pertenencia ajena (*iura in re aliena)*, sujeto, en consecuencia, al régimen jurídico propio de tales derechos.
2.º La propia del Derecho medieval, que considera este derecho como una propiedad divida, es decir, limitada en ciertos aspectos, pero independiente de la propiedad del suelo. Se habla así del dominio útil del derecho del que edifica sobre suelo ajeno. Nos encontraríamos con un derecho de propiedad, la «propiedad superficiaria», que recae sobre construcciones o plantaciones adheridas a la superficie de un predio, perteneciendo lo que está debajo a otro dueño.
3.º La teoría intermedia, que descompone la relación jurídica de superficie en dos y mantiene que, respecto del suelo, el superficiario cuenta con un derecho real de disfrute sobre fundo ajeno que le autoriza a ocupar el área de este y respecto a las construcciones tiene un derecho de propiedad limitado.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La última corriente doctrinal tiene un fuerte apoyo legislativo en los arts. 16 y 30 del Reglamento Hipotecario, así como en el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (arts. 53 y 54).

En Derecho civil catalán el derecho de superficie está regulado en el art. 564-1 y ss. del libro V del Código Civil de Cataluña y sigue la teoría intermedia: «la superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas. En virtud del derecho de superficie se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o planta y el terreno o el suelo en que se hace».

1.3. Clases de superficie

La regulación del derecho de superficie contenida en los artículos 53 y 54 TRLS/2015 tiene alcance general, aplicándose a todos los órdenes: civil y urbanístico. Ya no es posible diferenciar entre superficie urbanística y urbana, como se había mantenido hasta la publicación de la Ley del Suelo de 2007, puesto que desde entonces se trata de una única institución. Ese carácter multidisciplinar se deduce a partir de los siguientes caracteres de la vigente Ley del Suelo (Pérez Álvarez):

a) La Ley del Suelo establece un régimen uniforme con independencia del sujeto, público o privado, que constituya el derecho (art. 40.2 II).
b) La regulación de la superficie se encuentra en una ley que no se aplica exclusivamente al régimen urbanístico del suelo.
c) El TRLSRU/2015 constituye legislación civil del Estado en base a lo establecido en el apartado segundo de su «Disposición final primera: Título competencial y ámbito de aplicación». En el apartado 5.º establece que su aplicación se efectúa sin perjuicio de los «regímenes civiles, forales o especiales, allí donde existen».

1.4. Regulación legal

El derecho de superficie se encuentra regulado de forma dispersa en tres cuerpos legales diferentes, en el Código Civil, en el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 (TRLSRU/2015) y en el Reglamento Hipotecario.

A. La regulación en el Código Civil
Aunque esta institución no se encuentra expresamente regulada por el Código Civil, sí que se reconoce su existencia en el artículo 1611 CC, donde el derecho de superficie se menciona junto a los foros, subforos y

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

«otros gravámenes semejantes». Al no tener un régimen propio, el Código en el artículo 1655 remite a dos regulaciones distintas:

a) si el derecho de superficie es perpetuo, se le aplicarán las normas del censo enfitéutico,
b) si es temporal, las del arrendamiento. La jurisprudencia ha matizado que en este caso se trataría de un arriendo superficiario, que es un contrato complejo en el que junto a las prestaciones propias del arrendamiento se dan al arrendatario los poderes del superficiario (Díez-Picazo y Gullón).

No obstante, a partir de la Ley del Suelo de 2007 se ha de considerar derogada la normativa del Código Civil relativa al derecho de superficie.

B. El derecho de superficie en el texto refundido de la Ley del Suelo de 2015

El TRLSRU/2015 regula el derecho de superficie en el capítulo III, bajo el epígrafe «Derecho de superficie» en los artículos 53 y 54, si bien, dentro de un sector concreto, el urbanístico y con cierto tinte administrativo. El derecho de superficie urbanístico se aplica cuando el suelo sobre el que se constituye el gravamen está sujeto a un plan de ordenación urbana.

Este derecho se define en el artículo 53.1 como «El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo».

Este derecho ha de regirse según el art. 53.4 TRLSRU/2015: 1.º Por las normas del TRLSRU/2015, 2.º por la legislación civil en lo no previsto en el TRLS, y 3.º por el título constitutivo del derecho.

La legislación civil a que se refiere el anterior precepto son el Código Civil, artículos 1611 y 1655 CC, así como el artículo 16 del Reglamento Hipotecario (derogado parcialmente por la sentencia de 24 febrero de 2000, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anula el artículo primero, del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y redacta diversos artículos del Reglamento Hipotecario).

1) *Naturaleza.* Es un *derecho temporal*, su duración, en principio es el que hubieren pactado las partes, si bien el TRLSRU/2015 establece un límite máximo de noventa y nueve años. También es un *derecho transmisible* y gravable, con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo (art. 54.1 TRLS/2015), lo que permite afirmar su carácter de derecho real.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2) *Elementos personales.* Los elementos personales del derecho de superficie son el concedente y el superficiario. El primero es el dueño del suelo o de la construcción sobre la que se edificará, puede ser una persona privada o de carácter público. El superficiario es el titular del derecho de superficie. El derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo (art. 53.1 TRLSRU/2015) quedando excluidos quienes ostenten cualquier otro derecho sobre el mismo (usufructuarios, arrendatarios, etc.).
3) *Precio.* La ley establece que el derecho de superficie podrá establecerse a título oneroso o gratuito (art. 53.3). En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.
4) *Constitución. Procedimiento y forma.* Cuando se constituye por las entidades públicas, se efectuará por subasta o adjudicación directa. En todo caso, la constitución se formalizará en *escritura pública* y se *inscribirá* en el *Registro de la Propiedad.* En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años (art. 53.2). Lo que supone que en el derecho de superficie la inscripción en el Registro tiene carácter constitutivo (Díez-Picazo y Gullón).
5) *Derechos del superficiario*. Las facultades correspondientes al superficiario resultarán del título constitutivo. No obstante, y con carácter general, el superficiario recibe las siguientes facultades:

   - La de edificar en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena. Aunque también puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones. El derecho de propiedad, si bien con carácter temporal, de lo edificado.
   - La facultad de disposición del derecho de superficie, de modo que podrá, trasmitirlo a un tercero, arrendarlo o gravarlo (hipotecarlo, darlo en usufructo, gravarlo con servidumbre).
   - La facultad de gozar y de disponer de cada una de las viviendas y locales resultantes del ejercicio de la facultad de construir. En todo caso, debe tenerse presente que los actos de disposición realizados por el superficiario, así como los actos de gravamen se extinguirán en el momento en que expire el derecho de superficie por el transcurso del plazo (Prats Albentosa).

6) *Derechos del cedente o propietario del suelo.* Podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de su consentimiento (art. 54.4 TRLSRU/2015). El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y

gravamen juntamente con este, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.

A la extinción del derecho por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie (art. 54.5 TRLSRU/2015).

7) *Obligaciones del superficiario.* Según Díez-Picazo y Gullón, son obligaciones del superficiario: la de pagar, en su caso, la contraprestación convenida, y la de edificar en el plazo previsto.

8) *Extinción.* El texto refundido contempla de modo expreso dos causas de extinción del derecho, a parte de las causas generales de extinción de los derechos reales (art. 54.5 TRLSRU/2015): *a*) No cumplir con la obligación de edificar «conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución», y *b*) por el transcurso del plazo de duración del derecho tal y como se hubiese pactado en el título constitutivo.

El derecho también se extingue por consolidación, es decir, por reunión en una misma persona de los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario (Díez-Picazo y Gullón). En este caso, la ley establece que «Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie» (art. 51.5 *in fine* TRLSRU).

C. El derecho de superficie en el Reglamento Hipotecario

El Reglamento Hipotecario contempla el derecho de superficie en su articulado 16 modificado junto con otros por el RD 1867/1998.

La reforma del artículo 16 pretendía evitar la descoordinación entre la legislación urbanística de la época y el antiguo artículo 16 RH, para ello se ajustó su duración máxima (75 años si es concedido por entes públicos y 99 años si lo es por particulares) a la de las normas urbanísticas.

Otra novedad de la reforma consistió en autorizar que, como contraprestación, se pacte que el superficiario pueda conservar, al finalizar el plazo, parte de la edificación (a título de dueño, o por cualquier otro título), siempre que se especifique la cuota de dichas entidades en los elementos comunes y las normas de comunidad que regirán al extinguirse el derecho. No cabe, sin embargo, la retención por el superficiario, de la totalidad de dicha edificación.

Se mantiene un plazo de edificación máximo de cinco años, pero se permite, aun transcurrido dicho plazo, que se inscriba la declaración de obra nueva cuando el derecho de superficie esté vigente e inscrito. Parece referirse al supuesto de que la edificación se hubiera ejecutado dentro del plazo pactado, aunque su declaración e inscripción fuera posterior.

Finalmente, mantiene los restantes requisitos de la fijación del canon o precio, si es oneroso, los pactos relativos a la realización de actos dispositivos

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

por el superficiario, las garantías reales que lo aseguren y la imposibilidad de sujetarlo a comiso.

La reforma del artículo 16 RH fue efímera, puesto que ha sido totalmente anulada respecto de los preceptos en los que se hacía referencia al derecho de superficie por la STS 24 febrero 2000 (RJA 2888). La nulidad se produjo, entre otras razones, como consecuencia de la violación del sistema de fuentes, ya que se pretendió modificar con una norma reglamentaria el contenido de la Ley Hipotecaria.

2. EL DERECHO DE SOBREELEVACIÓN Y DE CONSTRUCCIÓN BAJO LA SUPERFICIE

El derecho de sobreelevación o de vuelo o de subsuelo consiste en la facultad de elevar una o más plantas sobre o bajo un edificio, así como la de realizar todas las obras necesarias para ese resultado, haciéndose propietario de todo lo construido su titular. Este derecho supone, igual que sucedía en la superficie, una derogación del principio de accesión (Díez-Picazo y Gullón).

Ambos derechos se encuentran regulados en el artículo 16.2 RH, párrafo todavía vigente, al establecer que «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3.º del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar: a) las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento».

El RH no contiene más normas que regulen los derechos de vuelo y de subedificación, puesto que simplemente se limita a señalar los requisitos que deben concurrir en la formación del derecho de vuelo o de subsuelo y así sea inscribible en el Registro de la Propiedad (Díez-Picazo y Gullón). El artículo 16.2.º se limita a señalar las consecuencias de este derecho: el titular del mismo se hace dueño de lo edificado, asimismo se señala el modo de su constitución, que es mediante la reserva que en su caso realiza el propietario de finca en caso de enajenación o de transmisión del derecho a un tercero (Díez-Picazo y Gullón).

En la inscripción de estos derechos se hará constar:

- Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.
- Determinación concreta del número máximo de plantas a construir.
- El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, que no podrá exceder de 10 años.
- Las normas de régimen de la comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El RH contempla un derecho de vuelo o de subsuelo sobre una edificación ya existente, subsistente. De ahí que la consecuencia del ejercicio de uno de estos derechos será la creación de una propiedad horizontal, si perteneciese ese edificio a un solo dueño o se ampliará la actual si el inmueble ya estuviese sometido al régimen de LPH (Pérez Álvarez).

La materialización del derecho de vuelo, es decir, la construcción de nuevas plantas en los edificios sometidos a propiedad horizontal, se contempla en el vigente artículo 13.3.b) LPH (redactado conforme a la Ley 8/2013), que exige la autorización administrativa, ahora prevista en el artículo 26.6 TRLSRU/2015 y además exige que la solicitud previa del propietario se haya aprobado «por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación».

La naturaleza jurídica de los derechos de vuelo y de subedificación son los de un derecho real en cosa ajena mientras no se ejecutan, pero una vez se ha efectuado la construcción, sobre o debajo del edificio, el derecho real en cosa ajena se habrá materializado en un derecho de propiedad (Martínez de Aguirre).

Los derechos de vuelo y de subedificación se rigen no por las normas del derecho de superficie, sino por las reglas generales de los derechos reales. De manera que el que construyó sobre o debajo de otra edificación es dueño de lo edificado con carácter definitivo, puesto que a diferencia del derecho de superficie estos derechos no tienen duración temporal. El titular de los mismos, una vez que ha edificado, tiene un derecho de condominio sobre los elementos comunes del edificio igual que sucede con la LPH (Albaladejo).

3. EL DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE FINCAS RÚSTICAS

El derecho de superficie puede ser distinto a aquel exclusivamente edificatorio, pudiendo ser concedido para que el superficiario plante o siembre sobre el suelo, e incluso construya aquellas edificaciones permitidas por la legislación urbanística pero en suelo no urbanizable o rústico.

A este tipo de superficie se refiere el artículo 30.3 RH: «3.º El derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se constituya; en la inscripción se harán constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, así como el destino de estas y el de las mejoras en el momento de la extinción del derecho, los convenios y prestaciones estipulados, y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Iguales circunstancias deberán constar en las inscripciones de consorcios a favor de la Administración Forestal o de los particulares» (Prats Albentosa).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 9. Las propiedades especiales (I). Propiedad intelectual

1. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

1.1. Concepto de propiedad intelectual

La propiedad intelectual ha sido definida como «el conjunto de derechos y facultades que el ordenamiento atribuye a una persona sobre determinadas obras de su ingenio» (Martínez de Aguirre). Esta clase de propiedad tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio.

En Derecho español la propiedad intelectual se divide en dos categorías: *a*) la propiedad industrial, que es una rama del Derecho mercantil que protege la actividad empresarial y el uso exclusivo de las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de origen. El derecho de la Propiedad Industrial se divide en dos grandes áreas el Derecho de Patentes y el Derecho de Marcas. *b*) la propiedad intelectual en sentido estricto, también conocida como el derecho de autor, regulada por el Derecho civil que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte, tales como los dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y los diseños arquitectónicos. Otros derechos relacionados con el derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.2. Régimen jurídico de la propiedad intelectual

El Código Civil regula la propiedad intelectual en el libro II, título IV, capítulo III que gira bajo el epígrafe «De la propiedad intelectual», en los artículos 428 y 429 CC. La propiedad intelectual se refiere al conjunto de derechos que la ley confiere al autor sobre la obra producto de su inteligencia (Díez-Picazo y Gullón).

El artículo 428 CC establece: «El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad». En el artículo 429 CC se establece su regulación legal remitiendo en primer lugar a la Ley sobre Propiedad Intelectual y supletoriamente a las normas generales establecidas en el Código sobre la propiedad.

La vigente ley sobre propiedad intelectual a la que remite el Código es el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante TRLPI).

La vigente Ley de Propiedad Intelectual ha sufrido múltiples reformas en los últimos años. Las más importantes han sido la Ley 5/1998, sobre la protección jurídica de las bases de datos; la Ley 23/2006, de 7 de julio, que introduce novedades importantes relativas a los derechos de reproducción, distribución, puesta a disposición interactiva, así como la polémica compensación por copia privada: analógica/digital. Asimismo, afecta a la regulación de límites y excepciones a los derechos de propiedad intelectual, como las reproducciones provisionales, ilustraciones con fines educativos, consulta en bibliotecas y revistas de prensa; finalmente, introduce novedades respecto a los derechos de los artistas: morales y patrimoniales, medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos. Otra importante modificación la constituye la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (la denominada ley Lassalle), que, entre otras, introduce las siguientes novedades: un aumento de las multas en la lucha contra la piratería en Internet, consolida el nuevo sistema de compensación pública por copia privada, dota de una mayor transparencia a las entidades de gestión, establece la ventanilla única como único sistema de recaudación para la facturación y, finalmente, establece una nueva compensación por el uso de los derechos de autor a los agregadores de noticias, la denominada «tasa Google». Finalmente, está la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que principalmente ha reformado el título IV del libro tercero, «gestión colectiva de los derechos reconocidos en la ley». Entre las medidas más importantes está la reforma de los derechos de autor en las bibliotecas (art. 37.2), la utilización comercial de los artículos de prensa (art. 32.1), y los cambios en la normativa sobre entidades de gestión y la posibilidad del cierre de páginas web sin autorización judicial (art. 195.6.b).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La LPI también ha sufrido otras modificaciones menores como consecuencia de la LEC, de la Ley 22/2003, concursal, y la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

Otras normas relativas a la propiedad intelectual son el RD 396/1988, de 25 de abril, que desarrolla la norma de la LPI sobre control de tirada (contrato de edición); el RD 448/1988, de 22 de abril, por el que se regula la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales recogidas en soporte videográfico; el RD 479/1989, de 5 de mayo, por el que se regula la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual; el RD 2332/1983, de 1 de septiembre, por el que se regula la venta, distribución y la exhibición pública de material audiovisual; el RD 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio, en lo no modificado por el RD 325/1994, de 25 de febrero, y en lo no derogado por la disposición derogatoria del RDLeg. 1/1996, de 12 de abril; el RD 1802/1995, de 3 de noviembre, por el que se establece el sistema para la determinación de la remuneración compensatoria por copia privada en las ciudades de Ceuta y Melilla; el RD 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual; el RD 1228/2005, de 13 de octubre, por el que se crea y regula la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual; el RD 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, así como la disposición adicional décima del RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, por la que se deroga la compensación equitativa —el canon— por copia privada.

Además, un número importante de órdenes ministeriales y tratados internacionales completan la regulación de esta figura (*vid*. www.mcu.es). Destacamos por la polémica que ha generado la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la «compensación equitativa por copia privada», las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción que ha sido que ha sido declarada nula por la importante Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2011.

Es de destacar por su importancia a los efectos de la propiedad intelectual la Ley 34/2002, de 11 julio, sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), que regula los servicios en Internet y de la contratación electrónica. La LSSI se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios que éstos prestan (art. 2.1 LSSI), así como a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la UE cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a los derechos de propiedad intelectual o industrial, entre otros. De ahí que esta ley debe tenerse en cuenta

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

para todas las cuestiones relativas a la difusión de obras y la explotación de derechos de PI por medios electrónicos (Gómez Fontanills y Noguerol).

La Constitución española en el artículo 20.1.*b*) reconoce y protege el derecho «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica». Este precepto, a pesar de su ubicación sistemática en la Constitución, no permite considerar el derecho del autor como un derecho fundamental, de ahí que la LPI no tenga la condición de ley orgánica (Martínez de Aguirre). Otros artículos constitucionales aplicables a los derechos de propiedad intelectual son el artículo 33 CE al establecer el reconocimiento del derecho de propiedad; el artículo 44 CE por su reconocimiento constitucional del derecho a la cultura. Por otro lado, el artículo 128.1 CE establece que toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general. La riqueza comprende, tanto los activos materiales, como los inmateriales, y por tanto han de incluirse los derechos de propiedad intelectual. Finalmente, el artículo 149.1.9 CE establece que la competencia para dictar normas con rango de ley sobre propiedad intelectual corresponde al Estado (Gómez Fontanills y Noguerol).

La propiedad intelectual está regulada a nivel internacional. Son de destacar:

- El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas es un tratado internacional sobre la protección de los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas. Su primer texto es de 1886, siendo la última revisión de 1979 y ha sido firmado por 164 Estados. Este convenio se apoya en tres principios: *a*) las obras originadas en alguno de los estados contratantes podrán recibir en cada uno de los demás Estados contratantes la misma protección que estos otorgan a las obras de sus propios ciudadanos, *b*) esa protección es automática al no estar condicionada al cumplimiento de formalidad alguna, y *c*) esa protección es independiente de la existencia de una protección equivalente en el país originario de la obra. No obstante, si un Estado contratante provee un plazo más largo que el mínimo prescrito por la convención, y la obra deja de estar protegida en el país de origen, la protección puede ser negada tras su cese en el país de origen.
- El artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (10-12-1948) reconoce el derecho a la propiedad privada, mientras que el artículo 27 reconoce tanto el derecho de todos a acceder a la cultura, como el derecho de los creadores a la protección de sus intereses morales y materiales.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de 1994, y el art. 2 del Tratado OMPI sobre Derechos de Autor, de 1996.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico atribuye al autor sobre las obras de su ingenio se ha configurado como un derecho de propiedad

(Martínez de Aguirre); si bien se trata de una modalidad de dominio especial, «la propiedad intelectual», que presenta las siguientes características (Díez-Picazo y Gullón):

a) *Es un derecho subjetivo de carácter absoluto*, puesto que supone un poder directo e inmediato sobre un bien inmaterial. De monopolio jurídico o de señorío exclusivo (Díez-Picazo y Gullón).
b) Es un *derecho temporalmente limitado* frente al resto de derechos absolutos de señorío que tienen normalmente un carácter perpetuo. La temporalidad se manifiesta por la existencia de unos plazos limitados para los derechos de explotación: la vida del autor y 70 años después de su muerte (art. 26 LPI).
c) La propiedad intelectual regula los derechos de los autores (y de otras personas) sobre las obras (y también sobre otros productos y prestaciones). El TRLPI regula tanto los derechos de quienes crean obras originales, de cualquier tipo (derechos de autor en sentido estricto), como los derechos (de carácter análogo o afín) de quienes realizan actuaciones o producciones protegidas por la ley (derechos conexos).
d) La propiedad intelectual integra derechos de *naturaleza exclusivamente patrimonial o económica*, como los derechos de explotación y remuneración que pueden ser transmitidos a terceros; asimismo, se protegen derechos de *naturaleza extrapatrimonial*, el llamado derecho moral, de carácter personal e irrenunciable (Díez-Picazo y Gullón).
e) La obra no se confunde con su soporte material (art. 3.1 LPI). La obra es un activo intangible, incorporal, originariamente pertenece siempre a su titular, con independencia de que se fije en soportes que pueden pertenecer a terceras personas. Quien adquiere el original o una copia de la obra es propietario del soporte, pero no titular de la propiedad intelectual de la obra (art. 56 LPI) (Gómez Fontanills y Noguerol).
f) Para que una obra sea objeto de protección debe ser original, con independencia de su novedad (en el sentido de la propiedad industrial), funcionalidad o utilidad. Obra original puede definirse como una forma de expresión, creativa tanto por su novedad como por la aportación del autor (Gómez Fontanills y Noguerol).
g) La protección es automática, no se exige un registro formal, inscripción ni depósito de la obra. Las obras se protegen desde el mismo momento de su creación.
h) Como regla general, al tratarse de derechos exclusivos, los usos de una obra no autorizados por su autor (o por el titular de derechos) son ilícitos; si bien la ley prevé límites/excepciones a esta regla. Generalmente, los usos de una obra que no requieren autorización de su autor (o del titular de derechos) conllevan algún tipo de compensación económica para el titular (derechos de remuneración), frecuentemente a cargo del consumidor o usuario, pero a veces por otros sujetos, como estudiaremos en cada caso (Gómez Fontanills y Noguerol).
i) Se trata de un derecho en constante evolución. Las nuevas tecnologías como las de grabación y reproducción de la imagen y del sonido han

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

introducido cambios sustanciales en los derechos de propiedad intelectual. La ejecución de una obra musical o la interpretación de una obra escénica al ser grabadas, dejan de ser efímeras y son susceptibles de copia masiva y de explotación industrial.

3. SUJETOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

3.1. El autor

El sujeto titular de la propiedad intelectual es el autor. El artículo 1 TRLPI establece que «la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación». En este precepto se regulan tres cuestiones (Martínez de Aguirre): la aparición del objeto del derecho de la propiedad intelectual, la creación; el nacimiento simultáneo del derecho sobre dicho objeto, y la atribución, también coetánea, del derecho sobre ese objeto al autor.

Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra artística, científica o literaria; no obstante, de la protección que la ley concede al autor se podrán beneficiar las personas jurídicas en los supuestos previstos en ella (art. 5 TRLPI). Se presumirá autor a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique (art. 6). La condición de autor tiene un carácter irrenunciable; no puede transmitirse *inter vivos* ni *mortis causa*, no se extingue con el transcurso del tiempo, tampoco entra en el dominio público ni puede adquirirse por usucapión.

Se admite la posibilidad de varios autores que pueden organizarse bajo las siguientes modalidades: *a*) obra en colaboración: entre varios autores escriben un mismo libro (art. 7 TRLPI). Ej.: los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros son autores (en colaboración) del libro: *Sistema de Derecho Civil: Volumen II (T. 1): El contrato en general. La relación obligatoria (10.ª ed.)*. *b*) Obra colectiva cuando varios autores, bajo la supervisión de un coordinador, efectúan aportaciones a una obra —este es el caso en que cada autor se encarga de un capítulo (art. 8 TRLPI)—, y *c*) obra compuesta se trata del caso «la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización» (art. 9.1 TRLPI).

3.2. Otros sujetos de la propiedad intelectual

Las nuevas realidades tecnológicas han provocado que cuando se adquiere soporte con música grabada no solo se adquiere la obra (la composición musical), sino una determinada interpretación y una determinada producción musical. Lo que se ha traducido en que los artistas ejecutantes hayan conseguido

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

una protección legal apropiada para sus interpretaciones —nos encontramos en el ámbito de los derechos afines o conexos (*neighbouring rights*)—. Asimismo, forman parte de los derechos conexos los derechos de los productores de grabaciones musicales y audiovisuales, así como de los editores y de las entidades de radiodifusión.

Estos derechos conexos son regulados por la TRLPI bajo el epígrafe «De los otros derechos de propiedad intelectual y de protección "sui generis" de las bases de datos», que concede derechos de propiedad intelectual a otros sujetos que no tienen la consideración de autores:

a) *Artistas intérpretes o ejecutantes* (arts. 105 a 113) son las personas que representen, canten, lean, reciten o interpreten en cualquier forma una obra. A esta figura se asimila la de director de escena y de orquesta; *b*) *productores de fonogramas* (arts. 114 a 119 TRLPI) son las personas naturales o jurídicas bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos; *c*) *productores de grabaciones audiovisuales* (arts. 120 a 125 TRLPI) son las personas naturales o jurídicas bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza la grabación audiovisual; *d*) *entidades de radiodifusión* (arts. 126 a 127 TRLPI) son las personas naturales o jurídicas bajo cuya iniciativa y responsabilidad se difunden emisiones o transmisiones; *e*) *autores de meras fotografías* (art. 128) son las personas que realizan fotografías u otras reproducciones mediante procedimientos análogo a aquellas, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas; autores de determinadas producciones editoriales (arts. 129 y 130). Hace referencia a las obras inéditas en dominio público y a determinadas obras no protegidas por propiedad intelectual.

También es un derecho conexo el derecho *sui generis* sobre las bases de datos. En este caso el sujeto es el fabricante de la base de datos. El objeto de protección es la inversión económica realizada en el producto (art. 133 TRLPI). Es indiferente que la base de datos goce o no de la protección del derecho de autor, es decir, que sea o no una obra original (ej., las bases de datos jurídicas). Se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma (Gómez Fontanills y Noguerol).

El fabricante de una base de datos tiene derecho a autorizar o prohibir (art.133 LPI): *a*) el derecho de extracción: la transferencia de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base datos a otro soporte, siempre que la obtención, verificación o representación del contenido represente una inversión sustancial. No está autorizada la extracción repetida y sistemática de partes no sustanciales que supongan actos contrarios a una explotación normal o causen un perjuicio injustificado a los intereses del fabricante. *b*) Derecho de reutilización: puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base datos mediante la distribución de copias, comprendidas: venta, alquiler,

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

cualquier transferencia de la propiedad del soporte y transmisión en línea (Gómez Fontanills y Noguerol).

4. OBJETO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

4.1. Generalidades

El derecho de autor a quien realmente protege es a la obra creada por aquel. La LPI exige para otorgar protección que la obra se trate de una creación humana, original y que se encuentre expresada por cualquier medio o soporte (Gómez Fontanills y Noguerol).

1) *Creación humana.* La obra ha de ser una producción intelectual del ser humano. Por lo que no son obras las realizadas por animales, como las pinturas efectuadas por un mono pintor o un elefante o el rugido de un león. Tampoco las creadas por la naturaleza (fósiles, minerales, piedras precisas, rosas del desierto) o por máquinas sin intervención humana como sería el caso de las filmaciones efectuadas por cámaras de seguridad. Es necesaria la aportación de la persona en la creación de la obra.
   Un caso famoso en Estados Unidos ha sido el de un macaco que se hizo un *selfie* con la cámara del fotógrafo británico David Slater. Este argumentaba que el *copyright* de la imagen era suyo y la Wikipedia, del mono. La oficina de *copyright* de EE. UU. terminó con la polémica al estimar que los *selfies* de animales no tienen *copyrigh*t y son de dominio público.
2) *Original.* La originalidad no debe confundirse con la novedad. Para que una obra esté protegida basta con que sea original. De modo que son dignas de protección las denominadas «obras derivadas» siempre que sean creativas, en el sentido de que supongan un valor añadido a una obra literaria, artística o científica anterior (Navarro Costa).
3) *Expresadas al exterior* por cualquier medio o soporte. Para que la obra sea protegida ha de proyectarse al exterior, bien mediante un soporte material como un libro o un CD, o inmaterial como un discurso de un investigador en un congreso científico..
4) Las obras protegidas se refieren a tres ámbitos de creación (literario, artístico y científico) (arts. 10 y 11.5 TRLPI) dejando fuera el tecnológico, por lo que los programas de ordenador y las bases de datos, que no encajan en esa clasificación, se incorporan en disposiciones específicas (arts. 10.1.i y 12 LPI).
   Es importante distinguir entre la obra protegida y su soporte material (art. 3.1.º LPI). Los derechos de propiedad intelectual recaen sobre un objeto incorporal (la creación intelectual) que no se confunde con el soporte material donde se encuentra incorporada y que puede ser objeto de otro derecho de propiedad ordinaria; por ejemplo, la propiedad sobre un cuadro (obra pictórica): los derechos del autor recaen sobre la creación inmaterial y aunque haya vendido el cuadro a un tercero él seguirá siendo titular de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

los derechos de propiedad intelectual sobre la obra (art. 56 LPI) en la medida que no los haya transmitido (Gómez Fontanills y Noguerol). Puede ocurrir que la obra se incorpore a una cosa propiedad del propio autor o de un tercero. En este segundo caso entrarían en juego los artículos 375 y 377 CC sobre la accesión de mueble a mueble.

5) Alcance. La ley también ampara las obras inconclusas, como los bocetos. Pero, además, lo hace no solo de la expresión literaria concreta, sino también de su línea argumental, cuya utilización pude ser calificada de plagio, aunque palabra por palabra sean distintas.
En este sentido también están protegidos los personajes; si hay un villano en la literatura castellana, ese es Avellaneda... Es lo que la doctrina ha llamado «idea desarrollada», que estará protegida siempre que sea original y esté materializada. En este sentido, están protegidos y son registrables los formatos de programas audiovisuales.

4.2. Obras protegidas

En el artículo 10 TRLPI se establece el listado abierto de obras protegidas. Este listado no es exhaustivo por faltar las obras radiofónicas a que se refiere el artículo 94 TRLPI (Martínez de Aguirre). De acuerdo con el citado precepto:

Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.
b) Las composiciones musicales, con o sin letra.
c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.
d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.
e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.
f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.
g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.
h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
i) Los programas de ordenador.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El título de una obra, cuando sea original, también quedará protegido como parte de ella (art. 10.2 TRLPI).

También son objeto de propiedad intelectual, las denominadas «obras derivadas» como las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales y cualesquiera transformación de una obra literaria, artística o científica (art. 11 TRLPI).

Finalmente, también son objeto de propiedad intelectual: las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos. La protección reconocida en el presente artículo a estas colecciones se refiere únicamente a su estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a estos (art. 12 TRLPI).

A partir del concepto legal de obra protegida (ex art. 10 TRLPI), la doctrina extrae las siguientes conclusiones (Martínez de Aguirre):

a) Son objeto de protección legal las creaciones intelectuales en sentido genérico, sin que la pertenencia a un determinado campo, literario, artístico o científico comporte una diferente protección.
b) Lo que se protege no son ni las ideas ni el soporte material en el que aquella se plasme (libro, partitura, soporte de audio, etc.); se protege la concreta plasmación o formulación de una idea.
c) La creación intelectual, a los efectos de ser reconocida y en consecuencia protegida, ha de ser exteriorizada por «cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro» (art. 10 TRLPI).
d) La obra, para ser protegida, ha de ser original. La copia, o plagio, no solo no es protegida, sino que puede ser constitutiva de una violación de la propiedad intelectual del autor copiado o plagiado. No obstante, como ya hemos analizado, es posible la creación de obras originales y susceptibles de protección a partir de otras existentes, tal como sucede con las denominadas «obras derivadas» (art. 11 TRLPI).
e) La obra, para ser protegible, tendrá que ser lícita, es decir, no contraria a las leyes, a la moral o al orden público.

4.3. Creaciones no protegidas

En nuestro derecho el artículo 13 LPI excluye de protección «las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores» (Gómez Fontanills y Noguerol). Esta excepción se basa en el

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

interés público a que dichas obras obtengan la mayor difusión posible (Navarro Costa).

Tampoco se aplicará la propiedad intelectual a las noticias del día ni a los sucesos que tengan el carácter de informaciones de prensa, así se deduce del artículo 33.1 TRLPI al referirse expresamente a trabajos y artículos sobre temas de actualidad, pero no para excluirlos de la protección, sino para establecer un límite específico.

En cuanto a los debates judiciales y discursos políticos se establece un límite específico (art. 33.2 LPI).

5. EL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: LOS DERECHOS DE AUTOR

5.1. El derecho moral de autor

La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal o moral y patrimonial o de explotación que «atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley» (art. 2 TRLPI).

El «derecho moral» que corresponde al autor está integrado por toda una serie de derechos irrenunciables e inalienables. Estos derechos están contemplados en los artículos 14 a 16 TRLPI. En el primer precepto se enumeran estos derechos de índole personal:

1.º El derecho del autor a decidir si su obra va a ser divulgada y en qué modo.
2.º Decidir si tal divulgación va a hacerse bajo su nombre, bajo seudónimo o anónimamente.
3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
4.º Exigir el respeto a la integridad de su obra, contra cualquier deformación, modificación, alteración o atentado que suponga perjuicio para sus intereses o menoscabo de su reputación.
5.º Derecho a modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.
7.º Acceder al ejemplar único o raro de su obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Estos derechos, por tener carácter personalísimo, se extinguen con la muerte del autor, excepto los referentes a la autoría (art. 14.3.º TRLPI) y al respeto a la integridad de su obra (art. 14.4.º TRLPI) que carecen de límite temporal (art.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

15 TRLPI). Con relación a la obra no divulgada en vida del autor, sus herederos podrán decidir durante un período de 60 años si aquella ha de ser divulgada (art. 15.2 TRLPI).

5.2. Los derechos patrimoniales exclusivos o de explotación

Los derechos patrimoniales permiten al autor obtener un beneficio económico por la utilización de su obra. Estos derechos se dividen en derechos exclusivos y derechos de simple remuneración.

Los derechos exclusivos permiten a su titular autorizar o prohibir, con las algunas limitaciones impuestas por la ley, los actos de explotación de su obra mediante su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos por la Ley de Propiedad intelectual (art. 17 TRLPI). Los derechos exclusivos tienen dos vertientes, una positiva consistente en la efectiva explotación bien por el mismo autor, bien a través de terceros mediante las correspondientes licencias, cesiones o autorizaciones, y otra negativa consistente en su capacidad legal de prohibir la explotación o de oponerse a ella si se hace sin su autorización (Gómez Fontanills y Noguerol).

Los diferentes derechos exclusivos o de explotación son independientes entre sí (23 TRLPI) y están regulados en los artículos 17 a 23 TRLPI. No obstante, el derecho de colección (art. 22 LPI) se incluye entre los derechos de explotación, aunque participa de las características de los dos tipos de derechos, morales y patrimoniales. Los derechos del autor de programa de ordenador, se regulan en el artículo 99 LPI.

Los artículos 18 a 20 TRLPI regulan los diferentes derechos de explotación en exclusiva por el autor:

> *a*) *Reproducción* (art. 18 TRLPI): Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.

La reproducción exige la preexistencia de la obra, y conlleva su fijación total o parcial de cualquier forma y en cualquier medio (material o inmaterial), desde su original («directa») o desde una copia («indirecta»), sea la fijación provisional o permanente, pero siempre que permita su reproducción y/o su comunicación pública. Son actos de reproducción la digitalización, el almacenamiento, el *uploading* (subida de archivos), el *downloading* (bajada de archivos) (Gómez Fontanills y Noguerol).

> *b*) *Distribución* (art. 19 TRLPI): 1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.
> Cuando la distribución se efectúe mediante venta de la propiedad del soporte tangible, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien solo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas (art. 19.2 LPI). Lo que significa que una vez el titular del derecho ha vendido la propiedad del

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

soporte tangible que contiene la obra ya no puede controlar las posteriores ventas de la propiedad del soporte tangible de la obra, es decir, el mercado de segunda mano.
Se entiende por alquiler la puesta a disposición del público de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto (art. 19.3).
Se entiende por préstamo la puesta a disposición del público de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público. Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento.

El derecho de préstamo tiene un límite previsto en el artículo 37.2 LPI que reconoce un derecho de remuneración a los autores que se hace efectivo a través de las entidades de gestión.

c) *Comunicación pública* (art. 20 TRLPI): 1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

En el apartado 2.º de este precepto se establece un elenco de actos de comunicación pública (representaciones públicas de obras, dramáticas, proyección de obras audiovisuales, emisión por radiofusión, televisión, por cable, fibra óptica, satélite, etc.).

Respecto a la comunicación pública en las habitaciones de hotel mediante televisiones, es significativa la STS 10 de julio de 2008 la cual establece que la instalación de aparatos de televisión en las habitaciones de los hoteles es un acto de comunicación pública a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual y generador, por tanto, de un derecho de los titulares de los derechos sobre los contenidos audiovisuales protegidos a percibir una indemnización por dicho acto ilícito y/o a cobrar una remuneración una vez autorizada la citada comunicación. Se dictó a consecuencia de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, luego tal doctrina es extensiva a toda la UE.

d) *Transformación* (art. 21 TRLPI). La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente ley se considerará también transformación, la reordenación de la misma.

Hay transformación, a efectos del TRLPI cuando se produce la utilización de una obra ajena que consista en la apropiación de sus elementos singulares, o incluso de toda ella, con el fin de aplicarlos a una obra diferente. Son transformaciones la traducción de un libro, la adaptación cinematográfica de una novela, por lo que requieren de la autorización del autor de la obra preexistente al de la obra derivada (Gómez Fontanills y Noguerol). Las obras derivadas son también objeto de propiedad intelectual (art. 11 LPI), siendo titular de sus derechos el autor de la transformación, sin perjuicio de que su explotación haya de ser

autorizada por el titular de la obra preexistente mientras no esté en dominio público (art. 22.2 LPI).

e) El derecho de colección. Es un derecho que comparte naturaleza moral (es un privilegio del autor que desee ver reunidas o todas o algunas de sus obras) y patrimonial (tiene trascendencia económica porque puede reportar beneficios al autor). Según el artículo 22 TRLPI: «La cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa».

5.3. Los derechos patrimoniales de remuneración

Los derechos de remuneración constituyen derechos del autor o titular de derechos conexos a cobrar dinero por determinados usos, ciertos o al menos previsibles, de sus obras o prestaciones, por lo general se trata de usos que no requieren la autorización del autor. Se trata de derechos que se generan dentro de los supuestos que configuran los denominados límites al derecho de autor.

La cantidad dineraria a pagar por los usuarios por los actos de uso que dan lugar a los derechos de remuneración está determinada, bien por la ley o en su defecto por las tarifas generales de las entidades de gestión.

A. La remuneración por copia privada

La compensación equitativa está dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejan de percibir por razón de las reproducciones realizadas para uso privado, lo que implica la necesidad de estimar el año que tales copias originan a los titulares de derechos de propiedad intelectual. El derecho de remuneración por copia privada se introdujo en España en la LPI de 1987, cuyo artículo 25 (modificado en varias ocasiones) regulaba las líneas fundamentales del sistema de pago y distribución entre las entidades de gestión de la recaudación. Este sistema de compensación ha sufrido diversas modificaciones, la última de ellas por la Ley 2/2019.

El vigente artículo 25 TRLPI establece que «La reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales, de conformidad con los apartados 2 y 3 del artículo 31, originará una compensación equitativa y única para cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas.

Dicha compensación se vino pagando con cargo a los Presupuestos Generales del Estado hasta que el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de junio de 2016 estimó que la copia privada debía ser pagada por los usuarios finales de la copia privada».

Hasta el año 2011 estuvo vigente el denominado canon digital, que partía del hecho de que el anterior artículo 25 TRLPI determinaba la compensación privada «en función de los equipos, aparatos y soportes materiales

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio». Se trataba de un sistema que gravaba con el conocido como «canon digital» toda clase de equipos y aparatos de reproducción, así como los soportes materiales digitales como los CD y DVD vírgenes.

Una orden ministerial, la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, estableció la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción.

El sistema del «canon digital» se tuvo que cambiar como consecuencia de dos hechos fundamentalmente: esta orden fue declarada nula por una sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2011 y, sobre todo por el contenido de la sentencia del caso Padawan (llamado así por la tienda de informática barcelonesa que recurrió con éxito el sistema anterior), dictada el 21 de octubre de 2010 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona, que concluye que el sistema no resultaba conforme con la Directiva 2001/29 por la aplicación indiscriminada del llamado canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas.

El impopular canon digital se deroga mediante el RD 20/2011de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que suprime el procedimiento vigente regulado en el artículo 25 TRLPI para el pago de la compensación equitativa por copia privada y lo sustituye por otro a cargo de los Presupuestos Generales del Estado (Disposición Adicional Décima). Este es el sistema que ha sido mantenido en la última reforma del TRLPI.

No obstante, los avances tecnológicos también hubieran dejado desfasado el canon digital, puesto que se trataba de medios de copia de un mundo analógico, como los CD vírgenes o las fotocopiadoras. Hoy en día muchos de estos intercambios se producen en lo que se conoce como *la nube* (*the cloud*) que supone un espacio inconcreto de almacenamiento de archivos, también los sujetos a derechos de autor (hablamos de microuniversos como Spotify, iTunes o Filmin). Esas realidades paralelas quedan fuera del anterior sistema de compensación por copia privada.

Sin embargo, el Real Decreto Ley 12/2017, de 3 de julio, ha vuelto a establecer un nuevo sistema de compensación equitativa por la copia privada de las obras y prestaciones protegidas por la LPI. Lo que ha supuesto una nueva reforma del artículo 25 TRLPI que ha supuesto una vuelta inicial al régimen de 1996, es decir, que nuevamente hay que pagar una tasa, el conocido como «canon digital». En el citado precepto se explicita el funcionamiento de la «compensación equitativa por copia privada».

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1. La compensación se aplicará sobre el precio de compra de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar la reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales.
2. Serán acreedores de la compensación los autores de las obras señaladas en el apartado anterior, explotadas públicamente en alguna de las formas allí mencionadas, conjuntamente y, en los casos y modalidades de reproducción en que corresponda, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 25.2 TRLPI). Serán deudores del pago de la compensación los fabricantes en España y los adquirentes en el extranjero para su distribución comercial en territorio nacional de todos los aparatos descritos en el apartado 1.º (art. 25.3 TRLPI).
3. El procedimiento de determinación de la cuantía de esta compensación será calculada sobre la base del criterio del perjuicio causado a los sujetos acreedores. De acuerdo con los criterios de cálculo previstos en el art. 25.a) TRLPI. La compensación equitativa se hará efectiva a través de las entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual conforme al procedimiento que se determine por real decreto (art. 25.9 TRLPI).
4. A los efectos de la determinación de la cuantía de la compensación equitativa, no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado (art. 25.5.c):

   1.º Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización.
   2.º Las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital adquiridos por personas jurídicas, que no se hayan puesto, de hecho ni de derecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas.

5. No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán mediante real decreto. En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno.
6. Según el artículo 25.7.a).1.º TRLPI quedarán exceptuadas del pago de la compensación equitativa las entidades que integran el sector público,

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

las Cortes Generales, las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo, así como los equivalentes de estos últimos en la comunides autónomas.

En la determinación de la cuantía de la compensación equitativa podrá tenerse en cuenta, en los términos que se establezca reglamentariamente, la aplicación o no, por parte de los titulares del derecho de reproducción, de las medidas tecnológicas eficaces que impidan o limiten la realización de copias privadas o que limiten su número.

B. El derecho de remuneración por reventa de obras plásticas

El «derecho de participación» en beneficio del autor de una obra de arte gráfica o plástica original, supone que si una obra de arte es revendida, el autor del tiene el «derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor» (art. 24.1 TRLPI). Este derecho se aplicará en todas las reventas en las que intervenga un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario. España introdujo este derecho con la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, y estuvo regulado por el artículo 24 LPI hasta su derogación por la Ley 3/2008. Ahora nuevamente ha sido recuperado con la Ley 2/2019.

C. Derechos de remuneración de autores de obras cinematográficas y demás audiovisuales

Para posibilitar la explotación de las obras audiovisuales y los fonogramas la TRLPI establece un complejo entramado de cesiones de derechos y licencias legales que dan lugar a los llamados derechos de remuneración respecto a las obras audiovisuales y fonográficas.

Se trata de que la organización de la explotación de la obra recaiga en el empresario que financia y organiza la producción, simplificando la transmisión de derechos precisa para explotar la obra en diferentes «ventanas», (cine, TV abierta o de pago, comercialización en soportes como los DVD, Internet). El usuario que realiza estos actos de explotación no tiene que pedir autorización a todos los titulares de derechos sobre la obra o prestaciones conexas (interpretaciones, grabaciones sonoras o audiovisuales, etc.) sino solo al productor, pero tiene que abonar de acuerdo con las tarifas de las entidades de gestión los correspondientes derechos de remuneración a los autores y a otros titulares de derechos de PI.

Así, el artículo 88 LPI presume la cesión por el autor de los derechos de comunicación pública, reproducción y distribución al productor audiovisual una vez que se firma el contrato de producción, que es aquel mediante el que se comprometen a participar en la creación de la obra audiovisual. También se presumen cedidos al productor los derechos del subtitulado y doblaje de la obra (que se integran dentro del derecho de transformación).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Esta presunción tiene determinadas limitaciones para la obra cinematográfica. El artículo 89 establece presunciones equivalentes para los autores de obras preexistentes que se incorporarán, mediante su transformación, a la obra audiovisual (tales como novelistas en que se base la obra audiovisual, compositores de músicas preexistentes que se incorporen a la banda sonora, etc.).

En el mismo sentido, el artículo 90.2 LPI establece la presunción de cesión del derecho de alquiler no solo para los autores de obras audiovisuales respecto a estas, sino también de los autores que hayan suscrito con el productor de fonogramas contratos relativos a su producción, por lo que esta última presunción afecta fundamentalmente a autores musicales.

En compensación a tales cesiones presuntas (frente a las que cabe pacto en contrario, pacto que raramente se produce, pues supondría una cortapisa a la comercialización de la obra), se establecen a favor de los autores los siguientes derechos de remuneración:

- Para los autores de obras audiovisuales y de obras incorporadas a fonogramas (música), derecho irrenunciable a una remuneración equitativa remuneración por el alquiler de obras audiovisuales y fonogramas (art. 90.2).

  El derecho a autorizar la distribución por alquiler lo ejercen los productores audiovisuales y fonográficos, pero los autores cobran por dicho alquiler. En España existe un mercado de alquiler de obras audiovisuales («videoclubs»), pero sin embargo no existe un mercado de alquiler de fonogramas, puesto que los productores fonográficos ejercen su derecho a prohibir su alquiler.
- Los autores de obras audiovisuales tienen derechos de remuneración por comunicación pública, cuando la obra audiovisual sea proyectada en lugares públicos mediante el pago de un precio de entrada (obras cinematográficas), tiene derecho a percibir de los exhibidores un porcentaje de los ingresos (art. 90.3). En el caso de proyección sin exigir precio de entrada, también se genera el derecho a recibir la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la entidad de gestión (art. 90.4).

Todos estos derechos son irrenunciables y de gestión colectiva obligatoria (art. 90.7).

D. Derecho de remuneración por préstamo

La Ley 10/2007 de la Lectura, el Libro y las Bibliotecas modificó la redacción del artículo 37.2 LPI, estableciendo el derecho irrenunciable a percibir una compensación económica a regular por real decreto para disminuir la pérdida de ingresos de los autores derivada de la excepción sobre los derechos de autor que permite el préstamo de obras a museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, e instituciones similares (art. 37.2). Se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria de modo que la remuneración se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

E. Derecho de compensación utilización de materiales didácticos
Con la nueva Ley de Propiedad Intelectual se establece otro canon en cuya virtud las universidades públicas y privadas tendrán que pagar a la entidad de gestión CEDRO (según ellos, «asociación sin ánimo de lucro de autores y editores de libros, revistas y otras publicaciones») por utilizar materiales académicos en campus virtuales (tanto por uso de pequeños fragmentos de obras [art. 32.3 TRLPI] como por la reproducción parcial de obras [art. 32.4 TRLPI]). La mayor parte de los cuales están bajo licencia Creative Commons.

F. Derecho de compensación por agregación de contenidos
En el nuevo artículo 32.2 TRLPI se establece una compensación equitativa para los agregadores de contenidos, la denominada «tasa Google» o el canon AEDE.

G. Remuneración por recopilaciones de artículos con fines comerciales (art. 32.2 LPI). Los tribunales han determinado que tanto el derecho de oposición a esta práctica (aquí, ejemplo de oposición) como la remuneración corresponden al editor, al ser las publicaciones de prensa obras colectivas.

H. Remuneración por uso de trabajos sobre temas de actualidad difundidos por medios de comunicación social. El autor tiene derecho a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa (art. 33.1).

I. Remuneración por préstamo de obras
Cuando aquellas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación. Sí que existe derecho a remuneración en la cuantía que se determine mediante un real decreto. La remuneración se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

J. Remuneración por comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público
En el caso de que así se haga, a efectos de investigación, cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia (art. 37.3 LPI).

5.4. Duración de los derechos de autor

A. Introducción
Los derechos de un autor sobre su obra tienen carácter temporal, este es uno de los caracteres de la propiedad intelectual que hace que se trate de una propiedad especial.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Un inmueble siempre tendrá un propietario, mientras que una película, una canción o un libro no, puesto que al cabo de un tiempo determinado podrán ser reproducidos, distribuidos, comunicados y versionados por cualquiera sin pedir autorización a nadie (Gómez Fontanills y Noguerol).

El TRLPI establece diferentes plazos según se trate de derechos morales o de explotación.

B. Duración derechos morales

Los derechos morales del autor y de los artistas, intérpretes y ejecutantes no pueden ser transmitidos en vida de estos, son inherentes a la persona de su titular. Estos derechos, por tener carácter personalísimo, se extinguen con la muerte del autor. Excepcionalmente, algunos derechos morales sobreviven a su titular, por lo que el ordenamiento señala a terceras personas que los pueden ejercitar después de la muerte del autor:

Este es el caso de los derechos referentes a la autoría (art. 14.3.º TRLPI) y al respeto a la integridad de su obra (art. 14.4.º TRLPI) que carecen de límite temporal (art. 15 TRLPI), y tras el fallecimiento del autor pueden ser ejercitados por la persona designada por el autor en testamento, y en su defecto por sus herederos.

Con relación a la obra no divulgada en vida del autor, las personas designadas o sus herederos podrán decidir durante un período de 60 años si aquella ha de ser divulgada (art. 15.2 TRLPI).

El artículo 113 LPI encomienda a los herederos de los artistas intérpretes o ejecutantes el ejercicio de sus derechos de paternidad e integridad sobre sus actuaciones y las fijaciones de estas, sin ningún límite temporal: son perpetuos. El derecho al doblaje en su propia lengua durante la vida del artista.

C. Duración derechos de explotación

La regla más relevante es que, para los autores, los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento (art. 26 TRLPI). En el artículo 27 TRLPI se establecen plazos especiales en los casos de obras póstumas, seudónimas y anónimas; en el artículo 28 TRLPI, para las obras en colaboración y colectivas y en el artículo 29 TRLPI, para las obras publicadas por partes.

Todos estos plazos de protección se calculan a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte o declaración de fallecimiento (art. 30 TRLPI).

La extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público, pudiendo ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra (art. 41 TRLPI). El dominio público, a los efectos de la propiedad intelectual, se trata de una esfera o ámbito en que las obras están libres de derechos de propiedad intelectual (Gómez Fontanills y Noguerol).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

6. LÍMITES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Los derechos de los autores para el uso y explotación de su objeto (obra, interpretación, grabación, etc.) no son absolutos, tienen límites que se configuran como excepciones a la necesidad de obtener la autorización del titular. En algunos de estos casos, el uso sin autorización puede realizarse sin tener que pagar remuneración o compensación por ello como sucede con la cita, mientras que en otros, como el préstamo, sí que hay que hacerlo (Gómez Fontanills y Noguerol).

Los artículos 2 y 17 LPI establecen que las limitaciones al derecho exclusivo de explotación son las que establece la ley; el TRLPI tiene un listado exhaustivo y cerrado de los supuestos de límites al derecho del autor que en los artículos 31 a 39 LPI que se completan por lo establecido en el artículo 40 bis respecto de la interpretación y el artículo 161 sobre los límites y medidas de protección.

Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos contemplados:

A. Los actos de reproducción provisional a los que se refiere que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la ley (art. 31.1 TRLPI). No llevan aparejada remuneración para el autor. Tampoco cuando «una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios» («art. 31.bis. Seguridad y procedimientos oficiales»).

B. El uso particular de copia privada
La copia privada es un límite al derecho de autor que permite que determinadas obras divulgadas a las que ha tenido acceso legal una persona física puedan ser reproducidas por esta, en determinadas condiciones previstas en el artículo 25 TRLPI. De modo que no se necesita autorización del autor para la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada: *a*) que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, y *b*) que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita (art. 31.2 TRLPI). No se permite la copia privada ni de programas de ordenador ni de bases de datos electrónicas.
La copia privada origina una compensación en favor de los titulares de derechos de propiedad para compensar el daño económico que supone la realización de dichas copias.

C. Seguridad, procedimientos oficiales y discapacidades. Las obras utilizadas para garantizar el desarrollo de los procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios no requerirán de la autorización del titular. Este límite afecta a los derechos de reproducción, de distribución, y de

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

comunicación pública (Gómez Fontanills y Noguerol). No generan derecho de remuneración.

D. Los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa (art. 31 bis.2.). No requieren autorización ni generan derecho de remuneración.

E. Derecho de cita en la enseñanza pública. Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas (de naturaleza escrita, sonora o audiovisual), así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada (art. 32.1). Las recopilaciones periódicas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. Pero cuando se recopilen artículos de periódicos con fines comerciales los autores tendrán derecho a percibir una remuneración equitativa tras la reforma del artículo 32.1.II por la Ley 2/2019. Los autores y editores no tendrán derecho a remuneración alguna por la realización de estos actos siempre que se cumplan las especificaciones del apartado 3 del artículo 32 TRLPI.

F. Derecho de agregación de contenidos. No requiere la autorización la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento (art. 32.2 TRLPI). La no autorización conlleva la contrapartida del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

Esta nueva modalidad de compensación se conoce popularmente como la «tasa Google» o el canon AEDE, puesto que se obliga a los agregadores de contenidos *online* como Google News (pero también potencialmente Facebook, Twitter y decenas de páginas) a pagar un canon para compensar por los contenidos que estos enlazan de los medios de AEDE (asociación formada por medios impresos adscritos a grandes grupos empresariales). De no hacerlo, se enfrentan también a multas de entre 150.000 y 600.000 euros.

G. Actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras y de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, en ámbito enseñanza pública. No requieren autorización del autor ni del editor siempre que se trate de ilustrar actividades educativas, que se trate de obras divulgadas y que no tengan la condición de libro de texto, ni manual universitario ni obra asimilada; siempre que se incluya el nombre del autor y la fuente. No se generará derecho de remuneración (art. 32.3 TRLPI).

H. Los actos de reproducción parcial, de distribución y de comunicación pública de obras o publicaciones, impresas o susceptibles de serlo en el ámbito de la enseñanza pública, tampoco necesitarán la autorización del autor o editor (art. 32.4). Siempre que estos actos tengan fines educativos o investigadores; que los actos se limiten a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, o extensión asimilable al 10 por ciento del total de la obra, resultando indiferente a estos efectos que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción.

En estos casos, en defecto de acuerdo específico entre el titular del derecho y el centro de enseñanza en que se efectúe los autores y editores de estas tendrán un derecho irrenunciable a percibir de los centros usuarios una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión.

I. Trabajos sobre temas de actualidad

Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma. Pero en el caso de que se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos, el autor tiene derecho a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa (art. 33.1). Se excluyen las colaboraciones literarias (no son información), que exigen siempre la autorización del autor.

J. Conferencias, alocuciones, informes ante los tribunales

Se podrán reproducir, distribuir y comunicar las conferencias, alocuciones, informes ante los tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, siempre que esas utilizaciones se realicen con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad. No se exige el carácter informativo en los discursos pronunciados en sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas. En cualquier caso, queda reservado al autor el derecho a publicar en colección tales obras. En todo caso, queda reservado al autor el derecho a publicar estas obras en colección (art. 33.2 TRLPI).

K. Bases de datos

El usuario legítimo de una base de datos protegida tiene derecho a realizar todos los actos precisos para acceder al contenido de la base de datos y para su normal utilización, aunque afecte a los derechos de explotación del autor (art. 34 TRLPI). En el artículo 135 TRLPI se establecen excepciones al derecho *sui generis* sobre las bases de datos, el usuario legítimo podrá extraer y/o reutilizar partes no sustanciales de su contenido: *a*) para fines privados, *b*) para fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, y *c*) para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial.

L. Utilización de obras con ocasión de información de actualidad

Cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, si bien solo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa (art. 35.1 TRLPI). En consecuencia, ni

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

se requiere autorización ni se genera ningún derecho de compensación alguno, ni que se exprese ni la fuente ni el autor.

M. Obras situadas en vías públicas

Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales (art. 35.2 TRLPI). Tampoco se requiere autorización ni se genera ningún derecho de compensación alguno, ni que se exprese ni la fuente ni el autor.

N. Cable, satélite y grabaciones técnicas

El artículo 36 TRLPI más que establecer límites al derecho de comunicación pública autorizada, explicita como se ha de producir aquella. En primer lugar, la autorización para emitir una obra por radiodifusión comprende la de transmisión por cable de esa emisión, si no se excede del ámbito geográfico de la autorización. También comprende la incorporación a un programa dirigido hacia un satélite que permita la recepción de esta obra a través de entidad distinta de la de origen, cuando el autor o su derechohabiente haya autorizado a esta última entidad para comunicar la obra al público. Finalmente, la cesión del derecho de comunicación pública de una obra, cuando esta se realiza a través de la radiodifusión, permite su grabación por las entidades de radiodifusión, con sus propios medios y para sus propias emisiones, a los solos efectos de la emisión autorizada.

O. Reproducción, préstamo y consulta en determinadas instituciones

Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a:

a) La reproducción de sus obras cuando aquellas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación. No existe derecho a remuneración (art. 37.1 TRLPI).

b) Al préstamo de sus obras cuando aquellas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación. Sí que existe derecho a remuneración en la cuantía que se determine mediante un real decreto. La remuneración se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

Quedan eximidos de la obligación de remuneración los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español (art. 37.2 TRLPI).

c) No necesitará autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

los establecimientos citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa.

P. Actos oficiales y ceremonias religiosas
No se necesitará autorización de los titulares de los derechos para la ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las administraciones públicas y ceremonias religiosas siempre que el público pueda asistir a ellas gratuitamente y los artistas que en las mismas intervengan no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos (art. 38 TRLPI). No se genera ningún derecho de remuneración.

Q. Parodia
No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor (art. 39 TRLPI). No se exigirá la autorización del titular siempre que la obra original esté divulgada y sea conocida, y que no exista riesgo de confusión entre la original y la parodia. No se contempla ningún derecho de compensación.

R. Programas de ordenador
El TRLPI establece un régimen especial para los programas de ordenador en los artículos 95 a 105. Los límites a los derechos de explotación sobre los programas de ordenador se establecen en el artículo 100 TRLPI, estos tienen la finalidad de permitir al usuario legítimo su normal utilización obteniendo el rendimiento buscado al adquirir el programa. Usuario legítimo es aquel que ha sido autorizado para el uso de una copia del programa con el fin de cubrir sus propias necesidades (Gómez Fontanills y Noguerol).
No requerirán autorización los actos necesarios para la utilización del programa por el «usuario legítimo» (art. 100.1, 3, y 5 LPI) tales como: *a*) reproducción y transformación (incluida corrección de errores) cuando sean necesarios para la utilización del programa con arreglo a su finalidad propuesta; *b*) copia de seguridad por el usuario legítimo (art. 100.2 LPI). Se puede prohibir por pacto o contrato si no resulta necesaria para su utilización y es diferente a la copia privada (art. 31.2 LPI); *c*) observar, estudiar o verificar su funcionamiento con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa (art. 100.4 TRLPI), y *d*) la reproducción y transformación para conseguir la interoperabilidad con programas creados de forma independiente (art. 100.5 TRLPI).
Límite específico para el cesionario (aquel al que el titular ha cedido los derechos de explotación): el cesionario (art. 100.4 LPI) puede realizar o autorizar versiones sucesivas y programas derivados.
El artículo 102 LPI relaciona una serie de ejemplos de infracción de los derechos de autor: *a*) poner en circulación copias de un programa conociendo, o pudiendo presumir, su carácter ilegítimo; *b*) poseer con fines comerciales una o más copias de un programa, conociendo, o pudiendo

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

presumir, su naturaleza ilegítima, y *c*) tener o distribuir instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos utilizados para proteger el programa (violación de medidas tecnológicas y de gestión de derechos) (Gómez Fontanills y Noguerol).

7. TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

Los derechos de explotación de la obras son transmisibles *mortis causa* (art. 42 TRLPI) y por actos *inter vivos* (art. 43 TRLPI). En este último supuesto, la cesión queda limitada «al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen» (art. 43.1 TRLPI). Será nula la cesión de derechos de explotación que el autor pueda crear en el futuro, así como las estipulaciones por las que este se comprometa a no crear obras en el futuro (art. 43.2 y 4 TRLPI). Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliere esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato (art. 45 TRLPI).

En cuanto a las modalidades de remuneración, el artículo 46.1 y 2 TRLPI permite la remuneración proporcional y a tanto alzado. En el primer caso se trata de un participación proporcional en los ingresos de la explotación en la cuantía que libremente se pacte (Martínez de Aguirre). En el segundo caso, puede pactarse una remuneración a tanto alzado para el autor en los casos previstos en la ley (46.2).

La cesión también puede hacerse en exclusiva en cuyo caso el autor ya no podrá explotar la obra. El cesionario estará legitimado con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido (arts. 48-50).

La cesión de los derechos de explotación. La transmisión de estos derechos sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en una colección escogida o completa (art. 22 TRLPI). Los diversos derechos de explotación son independientes entre sí (art. 23 TRLPI).

8. GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS

Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, están reguladas en el título IV del libro III del TRLPI (arts. 147 a 159). El control y supervisión de la Administración sobre estas entidades se ha visto incrementado con las nuevas medidas introducidas por la Ley 21/2014 y la Ley 2/2019.

Como se dice en el preámbulo de la Ley 2/2019, «La distribución de bienes y prestación de servicios que impliquen el uso de derechos de propiedad intelectual requiere, en principio, la autorización de sus titulares. Su concesión individual no es siempre efectiva o incluso puede llegar a ser, en muchos casos, inviable por los inasumibles costes de transacción para el usuario solicitante. Por este motivo surge la gestión colectiva llevada a cabo, tradicionalmente, por

las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual». Las entidades de gestión colectiva de derechos son organizaciones privadas de base asociativa y naturaleza no lucrativa que se dedican «en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual».

Una de las novedades de la Ley 2/2019 ha sido la introducción, por un nuevo artículo 153 TRLPI, de los operadores de gestión independiente (en adelante OGI). Las diferencias con las tradicionales entidades de gestión son la existencia de ánimo de lucro y la inexistencia de propiedad o control de estos por los titulares de derechos. De esta manera se pretende introducir una mayor competencia en un mercado prácticamente monopolístico en manos de las entidades de gestión colectiva.

Tanto las entidades de gestión como los OGI están sometidos a tutela administrativa, requieren la autorización del Ministerio de Cultura y Deporte (arts. 154 y 155 TRLPI) para actuar en el cumplimiento de sus funciones.

9. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

9.1. La protección administrativa: la Comisión de Propiedad Intelectual

La Comisión de Propiedad Intelectual es un órgano administrativo colegiado de ámbito nacional, adscrita al Ministerio de Cultura y Deporte. Según el artículo 193 TRLPI, «Se crea adscrita al Ministerio de Cultura y Deporte la Comisión de Propiedad Intelectual, como órgano colegiado de ámbito nacional, para el ejercicio de las funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control en los supuestos previstos en el presente título, y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que le atribuye la presente ley. Asimismo ejercerá funciones de asesoramiento sobre cuantos asuntos de su competencia le sean consultados por el Ministerio de Cultura y Deporte».

La Comisión está dividida en dos secciones. La Sección Primera ejerce competencia en materia de mediación y arbitraje *y* determinación de tarifas y control. En el art. 194 TRLPI5 se establece cómo se ejercen las funciones de mediación, arbitraje determinación de tarifas y control. Todo ello sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse en la jurisdicción competente.

Y la Sección Segunda se encarga de la salvaguarda de los derechos en el ámbito de la propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información (art. 195 TRLPI). El procedimiento de restablecimiento de la legalidad, según el segundo apartado del artículo 195 TRLPI, se dirigirá contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

Contra quienes vulneren los derechos de propiedad intelectual se podrán adoptar las siguientes medidas para el restablecimiento de la legalidad (art. 195.4 TRLPI): la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual y la retirada de los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. No es necesario que el prestador de servicios actúe con ánimo de lucro.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de propiedad intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Sección dictará resolución en el plazo máximo de tres días (art. 195.4 III TRLPI).

En caso de falta de retirada voluntaria, se podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor (art. 195.5 TRLPI). De este modo se le bloquea la financiación y el acceso de Internet de la sociedad de la información.

Es decir, que con la reforma del TRLPI se permite que la Comisión de Propiedad Intelectual creada por el Gobierno pueda, sin necesidad de permiso judicial, cerrar páginas web de enlaces (art. 196.6. b TRLPI) o multarlas con sanciones de hasta 600.000 euros. E incluso podrá perseguir a los proveedores de esas páginas: empresas de *hosting* —servicios que ofrecen algunas compañías (los *webhost*) que consisten en ceder un espacio en sus servidores para subir un sitio web para que pueda ser accedido en todo momento de forma *online*—.

9.2. La protección judicial de la propiedad intelectual

Las medidas establecidas en el art. 195 son compatibles con las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas, tal como se manifiesta en su apartado 7. El titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor (art. 138 TRLPI).

En el artículo 139 TRLPI se establecen toda una serie de supuestos que pueden comprender el cese de la actividad ilícita, tales como la suspensión de la explotación o actividad infractora y la prohibición de su reanudación. Asimismo,

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

la retirada de los circuitos comerciales de los ejemplares ilícitos. La destrucción de los ejemplares ilícitos, así como toda la maquinaria e instrumental necesario para su reproducción. La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones. El comiso, la inutilización, incluso destrucción de los instrumentos para suprimir o neutralizar los dispositivos para la protección de programas de ordenador. Es de destacar la suspensión de los «servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual» (art. 139.h) TRLPI).

En el artículo 140 se prevé la indemnización que puede solicitar el titular del derecho infringido, que podrá reclamar tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como el daño moral. Está acción de reclamación prescribirá a los cinco años desde que pudo ejercitarse. Esta acción para reclamar daños y perjuicios prescribe a los cinco años desde que el legitimado pudo utilizarla.

Asimismo, el titular de derechos podrá solicitar a la autoridad judicial con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141, que vienen a ser prácticamente coincidentes con las medidas de cesación. Estas medidas cautelares también pueden solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción.

9.3. El Registro de la Propiedad Intelectual

El Registro de la Propiedad Intelectual, de carácter público, depende del Ministerio de Cultura y tiene carácter único para todo el territorio nacional; y está integrado por los registros territoriales y el Registro central, además de una Comisión de Coordinación como órgano colegiado de colaboración entre los registros.

El Registro es un mecanismo administrativo para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los autores y demás titulares sobre sus obras, actuaciones o producciones. En este Registro pueden inscribirse los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la ley (arts.144 y 145 TRLPI). Este Registro está regulado por el RD 281/2003, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual.

La inscripción registral tiene carácter voluntario y supone una protección de los derechos de propiedad intelectual, en tanto que constituye una prueba cualificada de la existencia de los derechos inscritos. La no inscripción en el Registro no es impedimento para adquirir los derechos de propiedad intelectual, y obtener la protección que la ley otorga a los autores y a los restantes titulares de derechos de propiedad intelectual aunque no se efectúe la inscripción.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 10. Las propiedades especiales (II)

1. LA PROPIEDAD DE AGUAS

La propiedad sobre las aguas aparece regulada en el Código Civil en el libro II, título IV, cap. 1.º «De las aguas» y comprende los artículos 407 a 425.

El Código Civil mantuvo la vigencia de la antigua Ley de Aguas de 1879 si bien esta fue derogada por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que a su vez ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

Otras normas importantes en materia de aguas son la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional y el todavía vigente Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminares I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

La Ley 29/1985, de Aguas, terminó con la tradicional distinción del Código entre aguas de dominio público y de dominio privado. Las dos clases de agua, sometidas a regulación diferente, pasaron a convertirse en una sola, bajo la denominación de «dominio público hidráulico», lo que supuso el sometimiento de su regulación al interés general (Díez-Picazo y Gullón). El nuevo texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el RDLeg 1/2001, de 20 de julio (en adelante TRLA), ha reunido en un único texto toda la legislación en materia de agua.

El TRLA tiene por objeto: 1) la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el artículo 149 de la Constitución (art. 1 TRLA). 2) El establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición, sin perjuicio de su calificación jurídica y de la legislación específica que les sea de aplicación. 3) Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Corresponde al Estado, en todo caso, y en los términos que se establecen en esta ley, la

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

planificación hidrológica a la que deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidráulico.

El dominio público hidráulico se define el artículo 2 TRLA: «Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley:

a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.
b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.
c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.
d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.
e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar».

La propiedad privada de las aguas es meramente residual, el artículo 10 del TRLA solo la atribuye respecto de las charcas, cuando dice que «Las charcas situadas en predios de propiedad privada se considerarán como parte integrante de los mismos siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales predios y sin perjuicio de la aplicación de la legislación ambiental correspondiente».

La propiedad pública de las aguas no es incompatible con la existencia de usos comunes y privativos de las mismas.

En el artículo 50 se establecen los usos comunes: «Todos pueden, sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las Leyes y Reglamentos, usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abrevar el ganado». Estos usos deberán de efectuarse de modo que no se produzcan alteraciones ni del caudal ni de la calidad del agua.

Algunos usos comunes especiales están sujetos a previa «declaración responsable» (art. 51 TRLA): la navegación y flotación. El establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos. Cualquier otro uso, no incluido en el artículo anterior, que no excluya la utilización del recurso por terceros.

El uso privativo puede adquirirse (art. 52 TRLA): por disposición legal o por concesión administrativa. No puede adquirirse por usucapión el uso privativo del dominio público hidráulico.

El derecho al uso privativo de las aguas, cualquiera que sea el título de su adquisición, se extingue (art. 53 TRLA): por término del plazo de su concesión, por caducidad de la concesión, por expropiación forzosa y por renuncia expresa del concesionario.

Los usos privativos por disposición legal aparecen regulados en el artículo 54: 1. El propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurran por ella y las estancadas, dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la presente ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho.

En las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen total anual no sobrepase

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

los 7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización.

El aprovechamiento y control de los caudales concedidos se regula por el organismo de cuenca (art. 55 TRLA).

2. LA PROPIEDAD MINERA

Los yacimientos mineros y los recursos geológicos se encuentran en el suelo o subsuelo de terrenos susceptibles de ser objeto de propiedad privada, en base a ello podría pensarse en una expansión del dominio de la superficie a todo lo que está debajo de ella. Sin embargo, toda una serie de motivos de índole economicosocial justifican la consideración de tales bienes como públicos; así en la Ley de Minas de 1868 se distinguía entre suelo y subsuelo, el primero comprendía la superficie del mismo hasta el espesor a que hubiere llegado el trabajo del propietario, a partir de ahí el resto era *subsuelo* y era *propiedad del Estado* (Díez-Picazo y Gullón).

La Ley de Minas de 1944 estableció el principio de que los minerales eran de la nación y que competía al Estado su regulación; esta ley fue derogada por la vigente Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (modificada por Ley 54/ 1980, de 5 de noviembre, de modificación de la Ley de Minas). El texto vigente extendió su ámbito de aplicación a los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, cualesquiera que fueren su origen y estado físico; incluyendo también el aprovechamiento e investigación de los minerales radioactivos, en lo no regulado por la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear y disposiciones complementarias.

La ley también regula la investigación y aprovechamiento de las aguas minerales y termales. Aunque los minerales son de dominio público, el Estado puede ceder a los particulares permisos de investigación y aprovechamiento de esas minas, normalmente por 30 años, prorrogables hasta 99.

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (modificada por la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos), tiene por objeto regular el régimen jurídico de las actividades relativas a los hidrocarburos líquidos y gaseosos (art. 1). Se consideran incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 34/1998 las actividades siguientes: *a*) la exploración, investigación y explotación de yacimientos y de almacenamientos subterráneos de hidrocarburos; *b*) el comercio exterior, refino, transporte, almacenamiento y distribución de crudo de petróleo y productos petrolíferos, incluidos los gases licuados del petróleo, y *c*) la adquisición, producción, licuefacción, regasificación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de combustibles gaseosos por canalización.

Las concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos o de almacenamientos subterráneos se autorizan por el Estado mediante un real decreto,

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164
Índice

previo informe de la comunidad autónoma afectada (art. 25). Las concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos tendrán una duración de treinta años prorrogables por dos períodos sucesivos de diez años (art. 29).

3. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO

3.1. Regulación

En los años 90 del siglo pasado se pone de moda una modalidad de alojamiento vacacional a la que de modo inadecuado se le denomina «multipropiedad», *timesharing* o tiempo compartido. Bajo esta denominación se amparan toda una serie de fórmulas por las que se transmite el derecho a disfrutar de un alojamiento durante un período determinado cada año.

El interés en realizar una adquisición de esta naturaleza suele estar justificado en la utilización vacacional de un inmueble: por un lado, el adquirente dispone de un lugar estable y seguro para sus vacaciones anuales; por otro, lo hace sin tener que adquirir, y pagar, la entera propiedad del inmueble, con lo que reduce considerablemente la inversión, ajustándola a sus posibilidades reales de disfrute. Desde el punto de vista jurídico, la figura implica una división temporal del derecho a disfrutar del bien. A las diferentes modalidades contractuales suele ir unido un derecho de carácter personal proporcionado por la afiliación a una empresa de intercambios que facilita la movilidad y la variación en los destinos para las vacaciones.

Esta modalidad de disfrute vacacional fue objeto de una primera regulación por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Esta norma se dicta como consecuencia de la transposición de la Directiva 94/47/CE de 26 de octubre de 1994. Aquella norma ha sido derogada por la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Esta nueva regulación es consecuencia de la necesidad de trasponer a nuestro ordenamiento la Directiva 2008/122/CE de 14 de enero del 2009 (Directiva 2009) que previamente había sido incorporada a nuestro ordenamiento como Real Decreto Ley 8/2012, de 16 de marzo (derogado por la Ley 4/2012). No obstante la derogación de la Ley 42/1998, esta se reincorpora con apenas modificaciones en los títulos II y III del nuevo texto legal.

El libro V del Código Civil de Cataluña regula esta figura bajo el nombre de «Comunidad especial por turnos» en los artículos 554-1 a 554-12.

La nueva norma flexibiliza las modalidades contractuales permitidas para la transmisión del derecho de aprovechamiento pero mantiene la rigidez propia del régimen de aprovechamiento por turno como régimen jurídico imperativo del edificio (González Carrasco). El nuevo texto va más allá de la disciplina del contrato de aprovechamiento de bienes de uso turístico y recoge cuatro figuras contractuales de APT: de bienes inmuebles de uso turístico, de producto vacacional de larga duración, de reventa y de intercambio (arts. 3 a 6).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La ley 4/2012 dedica el título I a normas generales de aplicación a todas las modalidades contractuales que contempla (arts. 1 a 22); el título II se aplica a normas especiales para sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (arts. 23 a 34). Finalmente, el título III se dedica a normas tributarias.

3.2. Concepto

El artículo 2 define el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico «aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación». Dentro del concepto amplio de bienes, la nueva ley amplía su objeto de los inmuebles a las embarcaciones y las caravanas tal como se desprende del preámbulo de la ley. El artículo 23.1 II contiene la definición legal del derecho de aprovechamiento por turno, pero referido ya al caso de los inmuebles al decir que «atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, consecutivo o alterno, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios».

3.3. Elementos subjetivos y objetivos del aprovechamiento por turnos

Los elementos personales del aprovechamiento por turnos de inmuebles son:

A. El empresario, que es el propietario registral del inmueble, es quien constituye el régimen de aprovechamiento por turnos (art. 25.1). Esta denominación se equipara a «promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno» (art. 23.4 II).
B. La empresa de servicios que se encarga de la administración y conservación del inmueble y de la gestión del régimen. Esta empresa se hace indispensable para el adquirente, puesto que su derecho de aprovechamiento está reducido a una corta temporada anual, a la vez que el contacto entre los diferentes titulares es prácticamente inexistente por su falta de coincidencia en el tiempo (González Carrasco). El empresario está obligado a celebrar un contrato con una empresa de servicios para poder constituir el régimen de aprovechamiento por turno, salvo que él mismo asuma directamente su cometido (art. 25.1 y 3).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

C. El adquirente o consumidor es «la persona física o jurídica a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de este Título, se transfiera el derecho objeto del contrato o sea, la destinataria del derecho objeto del contrato» (art. 23.5 II).

En cuanto a los elementos del contrato, la norma exige que el contrato tenga una duración superior a un año. El transmisor del derecho ha de ser un empresario, en el sentido de persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica. El adquirente debe ser un consumidor, persona física o jurídica, que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión.

El título de la adquisición del aprovechamiento por turnos ha de ser a título oneroso. La contraprestación del empresario consiste en el contenido del derecho que adquiere el consumidor siendo la contraprestación cualquiera admitida en derecho.

El contenido del derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles atribuye a su titular la facultad de disfrutar de un alojamiento, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, consecutivo o alterno. El titular del derecho de disfrute no puede efectuar alteraciones en el alojamiento ni en su mobiliario.

El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o con carácter obligacional (art. 23.1 II y 23.6). En este punto la nueva ley se aparta de la anterior que prohibía la constitución de una modalidad distinta a la real (González Carrasco).

El derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad. No obstante, a los efectos de publicidad, comercialización y transmisión del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, podrá utilizarse cualquier otra denominación, siempre que no induzca a confusión a los adquirentes finales y del mismo se desprenda con claridad la naturaleza, características y condiciones jurídicas y económicas de la facultad de disfrute (art. 23.4).

La ley insiste en señalar que los derechos de aprovechamiento por turno no podrán denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad (arts. 23.4 y 29). En mi opinión, la ley acierta en este aspecto, puesto que el promotor es el único que tiene el derecho de propiedad sobre el inmueble. Al titular del aprovechamiento lo que se le transmite es una de las facultades que integran el derecho de propiedad.

El inmueble objeto del aprovechamiento ha de tratarse de un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado. El conjunto ha de tener como mínimo diez alojamientos y todos los alojamientos independientes que lo integren, con excepción de los locales han de estar sometidos a dicho régimen. No obstante, se autoriza que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al tiempo, a un régimen de derechos de aprovechamiento por turno y a otro tipo de explotación turística, siempre que los derechos de aprovechamiento recaigan sobre alojamientos determinados y para períodos concretos. En este caso, el edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

deberá adecuarse tanto a la normativa relativa al régimen de aprovechamiento por turno, como a la normativa del tipo de explotación que corresponda.

Los alojamientos han de ser independientes por tener salida a la vía pública o a un elemento común del edificio. Deberá estar dotado con carácter permanente de mobiliario y se incluirá el derecho a la prestación de servicios complementarios.

El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a un año y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen del presente título, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos.

La reunión de un derecho real de aprovechamiento y la propiedad, o una cuota de ella, en una misma persona no implican extinción del derecho real limitado, que subsistirá durante toda la vida del régimen (art. 23.4 II). Esta es una excepción a la regla general de nuestro ordenamiento jurídico de que los derechos reales se extinguen por confusión. A pesar de ello, La Ley 4/2012 establece explícitamente una excepción a esta regla general que admite la posibilidad de que el derecho real limitado de aprovechamiento por turno pueda coexistir con la titularidad del inmueble (Espílez Murciano).

El propietario del inmueble, sin perjuicio de las limitaciones que resultan del régimen y de las facultades de los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno, podrá libremente disponer de todo o parte de su derecho de propiedad con arreglo a las normas del Derecho privado (art. 23.4 IV).

La duración del régimen oscila entre un año como mínimo hasta un máximo de cincuenta años. Extinguido el régimen por el transcurso del plazo, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna.

Los períodos de disfrute anual no podrán ser inferiores a siete días seguidos. Dentro de un mismo régimen los turnos podrán tener la misma duración.

3.4. La protección del adquirente o consumidor

a) Publicidad

En los artículos 7 a 8 de la ley se contienen las disposiciones relativas a la publicidad.

A. En los anuncios y ofertas exhibidos en los establecimientos abiertos al público, así como en las comunicaciones comerciales y demás publicidad sobre los contratos deberá constar dónde puede obtenerse la información precontractual prevista en la Ley 4/2012.
B. En toda invitación a cualquier acto promocional o de venta en que se ofrezca a un consumidor directamente alguno de los contratos regulados en esta ley, deberá indicarse claramente la finalidad comercial y la naturaleza de dicho acto.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

C. La información precontractual prevista en La Ley 4/2012 estará a disposición del consumidor en todo momento durante el acto promocional.
D. Un derecho de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico no podrá comercializarse ni venderse como inversión.
E. La información que se ha de proporcionar al consumidor, constará en papel o en cualquier otro soporte duradero.

El incumplimiento de estas previsiones facultará al consumidor para resolver la relación contractual, bastando para ello la notificación fehaciente al empresario.

Los requisitos de información abarcan toda la vida del proceso, que incluye también el período precontractual.

b) Información precontractual consumidor

La información precontractual deberá proporcionarse mediante formulario previsto en la propia ley y también en la página web. Antes de la celebración del contrato, el empresario informará al consumidor de la existencia del derecho de desistimiento, de la duración del plazo del contrato, así como de la prohibición del pago de anticipos durante dicho plazo (arts. 9 y 10).

c) La irrenunciabilidad de los derechos del consumidor

El artículo 16 establece el carácter irrenunciable de los derechos que la ley concede al consumidor, declarando la nulidad de dicha renuncia y la de los actos realizados en fraude de ley, conforme al artículo 6 CC.

3.5. La constitución del régimen de aprovechamiento

A. Formalidades previas a la constitución del régimen
El régimen de aprovechamiento por turno deberá ser constituido por el propietario registral del inmueble. Antes de constituir el régimen, el propietario tendrá que: *a*) haber inscrito la finalización de obra en el Registro de la Propiedad; *b*) contar con las licencias propias para la actividad turística, apertura y de primera ocupación de los inmuebles; *c*) haber contratado con una empresa de servicios, y *d*) haber concertado los siguientes seguros obligatorios: seguro de promoción, seguro de responsabilidad civil, seguro de incendios y otros daños generales, en su caso, seguros establecidos por la Ley de Ordenación de la Edificación y aval bancario a favor de los futuros adquirientes (art. 25).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

B. La constitución del régimen

El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Al otorgamiento de la escritura deberá concurrir la empresa que haya asumido la administración y prestación de los servicios, salvo manifestación expresa del propietario de que son asumidos directamente por él (art. 25.3).

La escritura pública deberá expresar, al menos, las siguientes circunstancias: 1) Descripción de la finca. 2) Descripción de los alojamientos. 3) Cuotas de turno de los alojamientos. 4) Servicios. 5) Estatutos. 6) La situación registral, catastral, urbanística y, en su caso, turística del inmueble. 7) Gastos. 8) Duración del régimen. Además, a la escritura deberán incorporarse los contratos de servicios y de seguro (art. 26).

El propietario está obligado a suscribir un seguro de responsabilidad civil, uno de incendios y otro de daños generales que cubra los daños del edificio y sus instalaciones y equipos (art. 28).

C. La promoción y transmisión

Los contratos de aprovechamiento por turno se formalizarán por escrito, en papel o en otro soporte duradero, y se redactarán en un tamaño tipográfico y con un contraste de impresión adecuado que resulte fácilmente legible. Además, el contrato habrá de tener el siguiente contenido mínimo (arts. 11 y 30):

> 1. La identidad de los contratantes y el domicilio de los firmantes, así como el domicilio para requerimientos y notificaciones. 2. La información precontractual. 3. Los datos de la escritura reguladora del régimen y de la inscripción registral. 4. Referencia a la naturaleza del derecho y fecha de extinción. 5. Identificación y descripción completa del inmueble. 6. Expresión de si la obra está concluida o está en construcción. 7. Precios a pagar por el adquirente y de las cantidades a satisfacer anualmente a la empresa de servicios. 8. Servicios e instalaciones comunes. 9. Posibilidad de intervenir en servicios de intercambio de períodos de aprovechamiento. 10. Duración del régimen. 11. Derechos del adquiriente. 12. Cláusulas y formulario de desistimiento y de prohibición de anticipos y 13. Lugar y firma del contrato.

3.6. Facultades del titular del derecho de aprovechamiento

A. Derecho de transmisión del derecho

El titular de un derecho de aprovechamiento por turno puede libremente disponer de su derecho sin que la transmisión del mismo afecte a las obligaciones derivadas del régimen. Si el derecho de aprovechamiento por turno no estuviera inscrito a favor del transmitente del derecho real o cedente del derecho personal, el adquirente o cesionario podrá solicitar la inscripción del derecho de aprovechamiento por turno a nombre del transmitente o cedente, por el procedimiento regulado en el artículo 312 del Reglamento Hipotecario (Espílez Murciano).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

B. Constitución de comunidad de titulares
La escritura reguladora del régimen de aprovechamiento por turno deberá prever la constitución de una comunidad de titulares que se regirá por los estatutos previstos en la escritura reguladora o los que libremente adopten los titulares de los derechos (art. 33). Sus acuerdos se regirán por las siguientes mayorías: los acuerdos que tiendan a modificar el régimen constituido deberán ser tomados por la mayoría de dos tercios de los titulares. Los demás acuerdos requerirán únicamente la mayoría simple de los titulares del derecho de aprovechamiento por turno. Cada persona tendrá tantos votos como derechos de los que es titular. Si no resultare mayoría, o el acuerdo de este fuere gravemente perjudicial para los interesados, el juez proveerá a instancia de parte lo que corresponda. Las normas de la Ley de Propiedad Horizontal reguladoras del funcionamiento de las comunidades de propietarios se aplicarán supletoria y subsidiariamente a las presentes.

C. El derecho de desistimiento
El consumidor tendrá derecho de desistimiento sin necesidad de justificación alguna. El plazo para su ejercicio es de catorce días naturales y se computará de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la ley. Para su ejercicio, el consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero, pudiendo utilizar el formulario previsto en el anexo V de la ley. La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal de catorce días y será eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario.

El ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor dejará sin efecto el contrato y no soportará coste alguno por su ejercicio, tampoco tendrá que pagar ninguna contraprestación correspondiente al servicio que pudiera haberse llevado a cabo con anterioridad a la fecha del ejercicio de desistimiento.

3.7. Resolución del derecho por falta de pago de las cuotas

El propietario tendrá –salvo pacto en contrario– una facultad resolutoria en el caso de que el adquirente titular del derecho de aprovechamiento por turno, una vez requerido, no atienda al pago de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados durante, al menos, un año.

El propietario podrá ejercer la resolución, a instancia de la empresa de servicios, previo requerimiento fehaciente de pago al deudor, bajo apercibimiento de proceder a su resolución si en el plazo de treinta días naturales no se satisfacen íntegramente las cantidades reclamadas.

Para llevar a cabo la resolución, el propietario deberá cumplir los requisitos siguientes (art. 32):

a) Consignar, a favor del titular del derecho, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción. No obstante, mediante cláusula penal podrá pactarse la pérdida en todo o en parte de las cantidades que con arreglo al párrafo anterior corresponda percibir al titular del derecho resuelto. *b*) El propietario

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

que ejercite la facultad resolutoria quedará obligado a atender las deudas que el titular del derecho de aprovechamiento por turno tuviere pendientes con la empresa de servicios, salvo pacto en contrario con esta.

3.8. Incumplimiento de los servicios

El propietario o promotor es responsable, frente a los titulares de derechos de aprovechamiento por turno, de la efectiva prestación de los servicios (art. 34). En caso de incumplimiento por la empresa de servicios, el propietario o promotor deberá resolver el contrato y exigir el resarcimiento de daños y perjuicios. Si bien la acción de resolución corresponde al propietario o promotor. En todo caso, el titular de un derecho de aprovechamiento por turno podrá reclamar del propietario la efectiva prestación de los servicios y las indemnizaciones que correspondan en el caso de que tal prestación no se efectúe.

Una vez resuelto el contrato celebrado con la empresa de servicios que lo ha incumplido, el propietario o promotor deberá asumir directamente la prestación del servicio o contratarla con otra empresa de servicios. Cualquier alteración del contrato no perjudicará, en ningún caso, a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno.

3.9. Reclamación extrajudicial

El empresario y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquel al sistema arbitral del consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos.

Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a lo prevenido en La Ley 4/2012 que lesionen intereses de los consumidores en la forma y con las condiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

3.10. Régimen sancionador

El incumplimiento por las empresas de las disposiciones de este título será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándosele lo dispuesto en el régimen sancionador general previsto en la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y normativa autonómica que resulte de aplicación.

Se considerará infracción grave el que, una vez vencido el plazo de desistimiento, el empresario no haya cumplido los requisitos de información exigidos en el presente real decreto ley, pudiendo ser, en su caso, considerada como muy grave atendiendo a los criterios previstos en el mismo.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 11. Usufructo, uso y habitación

1. CONCEPTO, CARACTERES Y ESPECIES DE USUFRUCTO

1.1. Concepto

El usufructo es el derecho real que recae sobre cosa ajena y que supone las más amplias facultades de disfrute de la misma sin alterar su sustancia (Clemente Meoro). La anterior definición se basa en lo establecido en el artículo 467 CC: «el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa». Este precepto olvida mencionar un elemento que es consustancial al usufructo y que es su *duración limitada*, puesto que es un derecho esencialmente temporal, así cuando el usufructo se extinga, las facultades que hasta ese momento correspondían al usufructuario se reintegrarán al propietario en base al principio de la «elasticidad de la propiedad».

La definición del Código Civil se basa en la romana formulada por Paulo, de acuerdo con la cual el usufructo es *Ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* («El usufructo es un derecho sobre cosas ajenas que permite usarlas y percibir sus frutos, dejando a salvo su sustancia»). El concepto de usufructo del Código Civil, según Pérez Álvarez, por una parte se refiere al contenido positivo del derecho, el disfrute, y por otra, a la limitación que recae sobre el derecho (el principio *salva rerum substantia*).

El Código Civil permite calificar como usufructo aquel derecho que permite al usufructuario obtener un rendimiento económico sobre una cosa ajena, aproximándose así al origen histórico del usufructo como derecho encaminado a garantizar la supervivencia de una persona sin desintegrar para ello el patrimonio familiar (Lacruz).

A. Contenido del usufructo

El usufructo exige la posesión inmediata sobre la cosa (arts. 431 y 432 CC) y el derecho a usarla, el usufructo conlleva la atribución al usufructurario de la facultad de percibir los frutos que produzca la cosa usufructuada (art.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

471 y ss. CC). El usufructo sustrae del contenido del derecho de dominio la facultad de percepción de los rendimientos, de ahí que al propietario de una cosa usufructuada se le denomine nudo propietario. La nuda propiedad durará hasta la extinción del usufructo cuando el propietario recuperará el pleno dominio sobre la cosa (Pérez Álvarez).

B. Principio *salva rerum substantia* y sus excepciones
La finalización del usufructo conlleva la restitución al propietario de la cosa usufructurada (art. 522 CC). De ahí que el usufructuario esté obligado a conservar la forma y sustancia de la cosa y el bien objeto sea cosa corporal, fructífera, no fungible ni consumible. Según Pérez Álvarez, mediante la obligación de conservar la forma y la sustancia se pretende tutelar el interés del propietario a reincorporarse al pleno dominio de la cosa usufructuada en el estado más semejante al que tenía al constituirse el usufructo. La obligación de conservar la sustancia presupone que la prohibición de consumir, deteriorar o destruir la cosa usufructuada cuando su goce no lo exige como sucede con las cosas consumibles o deteriorables.

No obstante, la obligación de conservar la forma y la sustancia, puede ser dispensada de modo excepcional a tenor de lo expuesto en el artículo 467 CC que permite que la ley o el título de constitución autoricen al usufructuario a disponer de la cosa; parecida derogación se observa en el artículo 482 CC que permite el usufructo sobre bienes consumibles o «cuasiusufructo». Este es el caso de usufructo de vino, aceite, trigo, etc.

1.2. Caracteres

De la definición de usufructo ex artículo 467 CC pueden extraerse las siguientes notas que lo caracterizan (Díez-Picazo y Gullón):

a) *Es un derecho subjetivo con* eficacia *erga omnes*, puesto que otorga a su titular una situación de señorío o de potestad respecto de unos bienes, y por ello engendra una situación protegida frente a terceros; al mismo tiempo que establece una compleja relación jurídica entre usufructuario y propietario.

b) *Es un derecho limitativo del dominio.* Es limitativo del dominio porque se establece sobre cosa ajena, puesto que no cabe un derecho de usufructo sin existir la propiedad en otra persona, llamada *nudo propietario*, ya que sus facultades se han visto radicalmente reducidas y por ello se dice que tiene la propiedad desnuda, y por ello se establece la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada (Clemente Meoro). Aunque la posición jurídica del usufructuario viene a comprimir fuertemente las facultades del propietario, al final el derecho de propiedad recupera su contenido originario en virtud del *principio de la elasticidad del dominio* (De Verda y Beamonte).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

c) *Es un derecho de carácter temporal* su condición de derecho real limitado, exige establecer unos límites a las facultades de goce del usufructuario, puesto que de no existir el límite temporal se perdería el contenido del poder del nudo propietario. Se trata de un derecho —por lo general, aunque no necesariamente— vitalicio, de modo que al estar ligado a la subsistencia de su titular, se extingue por la muerte del usufructuario, recuperando en ese momento el propietario el pleno dominio de la cosa (Pérez Álvarez).

d) *Es un derecho transmisible*: así se deduce del art. 480 CC que faculta al usufructuario para enajenar su derecho de usufructo. Esta nota la diferencia de otros derechos de goce similares como los derechos de uso y habitación que según el artículo 525 CC son intransmisibles. El artículo 107.1 LH considera hipotecable el derecho de usufructo.

e) *Es un derecho de goce* o disfrute que permite usar la cosa y percibir sus frutos. No es imprescindible en el usufructo que se conserve la forma y sustancia, basta con que el propietario pueda recuperar los bienes usufructuados u otros equivalentes, o su valor, si no es posible restituirlos entregados. Incluso cabe la posibilidad de que el propietario no recupere nada si el constituyente concedió al usufructuario la facultad de enajenar la cosa usufructuada.

f) El usufructo tiene una función económica, se constituye normalmente porque se quiere atribuir a una persona plenamente las facultades de uso y disfrute, pero con carácter vitalicio o temporal, de modo que al terminar el mismo estas facultades se reintegran a la propiedad. Principalmente, esta institución se utiliza en situaciones de naturaleza hereditaria o sucesoria, cuando el testador quiere favorecer a una persona con carácter vitalicio, pero no que sus bienes pasen a los herederos de esta, sino a los suyos propios o sus descendientes, por lo cual en vez de otorgarle la propiedad le otorga el usufructo.

Ej.: el marido quiere favorecer a su viuda, para ello establece un usufructo, de forma que al morir esta sus bienes pasarán a los herederos del marido, y no a los familiares de la viuda, como puedan ser los hijos de un primer matrimonio.

También suele hacerse en materia de donaciones, el donante quiere favorecer a alguien, pero al mismo tiempo quiere conservar la fuente de ingresos mientras viva (ej., un padre que dona un campo de naranjos a sus hijos y se reserva para si el usufructo del mismo).

1.3. Especies de usufructo

El usufructo admite varias clasificaciones:

1.º Por razón de las personas y forma del disfrute: *a*) «simple» cuando se atribuye a una sola persona, *b*) «múltiple», cuando es atribuido a varias personas, en cuyo caso puede ser «simultáneo», con goce al mismo tiempo

de todas las personas y «sucesivo», cuando los sujetos van entrando en el goce unos tras otros.

2.º Por las cosas objeto de su contenido: *a*) Propio o normal: recae sobre cosas no consumibles e implica la obligación de conservar la forma y sustancia. *b*) Impropio o anormal (llamado cuasi usufructo en Derecho romano), cuando recae sobre cosas consumibles. Esta clase de usufructo está amparado por el art. 467, que permite excepciones a la obligación de conservación de la cosa cuando dice «a no ser que el título de constitución o la ley autoricen otra cosa (Díez-Picazo y Gullón).

3.º Por razón de la relación misma: *a*) normal o regular, lleva consigo la limitación de conservar la forma y la sustancia de la cosa; *b*) de disposición, va acompañado con esta facultad.

4.º Por su origen o modo de constitución: *a*) legal, constituido por la ley. Ej.: el usufructo del cónyuge viudo; *b*) voluntario, deben su origen a la voluntad de los particulares, manifestada por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

5.º Por su constitución: *a*) puros: no sometido a condición o plazo, *b*) condicionales y a plazo.

6.º Por su duración: *a*) vitalicios, son la regla general; *b*) a plazo cierto.

7.º Por su régimen jurídico: *a*) especiales: son los que se rigen en cuanto a su contenido de derechos y obligaciones, por la ley, si son de creación legal, o por el título constitutivo en el caso de los voluntarios; *b*) comunes: son los que se rigen por las normas ordinarias de los artículos 471 a 512 CC, por carecer de título constitutivo o por insuficiencia de este o por insuficiencia de la ley.

2. CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO

El usufructo se constituye según el artículo 468 CC «por ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos inter vivos o en última voluntad [testamento] y por prescripción».

2.1. La constitución por ley

Actualmente, el único usufructo legal que subsiste es el del cónyuge viudo (arts. 834, 837 y 838 CC). Se trata del derecho hereditario que concede la ley, es la legítima del cónyuge viudo.

El artículo 834 establece: «El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora». El artículo 837 dice que «No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia»; finalmente, el artículo 838 CC establece: «No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.2. La constitución por negocio jurídico

El denominado usufructo voluntario es constituido mediante negocio jurídico por quien sea propietario o tenga el poder de disposición sobre el derecho que va a ser afectado. El acto de constitución podrá ser por actos *inter vivos* o *mortis causa*, y tanto a título oneroso (compraventa) como gratuito (donación).

La constitución inter vivos de un usufructo puede realizarse de dos formas (Clemente Meoro):

a) por enajenación: el constituyente atribuye al adquirente el derecho de usufructo y conserva la nuda propiedad, y *b*) por retención, detracción o reserva: el constituyente transmite la propiedad y se reserva el usufructo.

La constitución *mortis causa,* mediante testamento, es la forma más habitual de constitución, por ser la más acorde con la función economicosocial de este derecho subjetivo.

El usufructo puede constituirse puramente o bajo condición (suspensiva o resolutoria) o a término (inicial o final) (art. 496 CC).

2.3. La constitución por prescripción

El Código Civil no contiene ninguna regla al respecto, salvo la mención realizada en el artículo 468 de que el usufructo puede constituirse por prescripción. También se deduce del contenido del artículo 1930 CC al decir que «Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas por la ley, el dominio y demás derechos reales».

Para adquirir el usufructo por usucapión será necesaria la posesión en concepto de usufructuario —que es el equivalente a la expresión en concepto de dueño de los artículos 447 y 1941 CC—. Además, se tendrán que aplicar las reglas generales del artículo 1941 CC, es decir, una posesión pública, pacífica y no ininterrumpida. El supuesto más probable en que puede operar la adquisición del usufructo por prescripción es cuando se haya dado un título constitutivo por quien no es propietario, y el usufructuario se comporta como tal (en concepto de titular del derecho real) durante los plazos señalados por la ley (Clemente Meoro).

3. SUJETOS Y OBJETO DEL USUFRUCTO

3.1. Elementos personales

Los elementos personales del usufructo son el usufructuario, el titular del derecho real y el nudo propietario, que es el dueño de la cosa sobre la que se constituye aquel derecho. El Código no establece ningún requisito respecto a la

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

capacidad para ser usufructuario, por lo que habrá que estar a las reglas generales sobre capacidad. Pueden ser usufructuarios tanto las personas físicas como jurídicas, según se deduce del artículo 515 CC, si bien estas últimas con un limitación temporal de treinta años.

El artículo 469 CC establece que puede constituirse el usufructo a favor «de una o varias personas, simultáneamente o sucesivamente»; en el primer caso varias personas serían instituidas como usufructuarios al mismo tiempo y sobre una misma cosa, y en el segundo varias personas son llamadas para sucederse en la misma titularidad del usufructo, pudiendo para ello basarse el constituyente en varios criterios (muerte del anterior, transcurso de un determinado lapso de tiempo, etc.).

3.2. Elementos reales

A partir de lo dispuesto en el artículo 469 CC se entiende que puede constituirse usufructo sobre las cosas y sobre los derechos siempre que no sean personales.

a) Usufructo sobre cosas. En cuanto a las cosas, todas las que estén en el comercio de los hombres y sean susceptibles de producir un goce o una utilidad. Puede constituirse tanto sobre muebles como sobre inmuebles.
El usufructo puede recaer sobre la totalidad de la cosa o sobre parte de la misma (art. 469). El usufructo se extiende a las *accesiones* de la cosa usufructuada, a las *servidumbres* que tenga a su favor y, en general, a todos los aumentos de valor de la misma (art. 479 CC).

b) *Usufructo sobre derechos.* El Código Civil admite la constitución del usufructo sobre derechos siempre que no sean personalísimos e intransmisibles (art. 469); el Código regula los usufructos al percibir una renta o pensión periódica o los intereses de obligaciones o títulos al portador, sobre una explotación industrial, de una acción para reclamar una finca o un derecho real, o un bien mueble o créditos (art. 507 CC).

c) *Usufructo sobre universalidades.* Los artículos 506 y 510 admiten que el usufructo recaiga sobre todo un patrimonio, si bien en realidad no hay un único usufructo, sino tantos usufructos como elementos integren el patrimonio o herencia.

4. CONTENIDO DEL USUFRUCTO

4.1. Los derechos del usufructuario

Al referirnos al contenido de un derecho, hacemos referencia al conjunto de facultades que este derecho otorga. En el caso del usufructo nos referimos, en primer lugar, al ámbito de poder que tiene el usufructuario. Las facultades del

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

usufructuario según el artículo 470 están limitadas por el título constitutivo y por la ley: «Los derechos y las obligaciones del usufructo serán los que determine el título constitutivo del usufructo, o por insuficiencia de éstos, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes». Estas secciones se ocupan de los derechos y obligaciones del usufructuario en los artículos 471 a 490.

Lo dispuesto en el artículo 470 ha de completarse por el artículo 467 CC en cuya virtud se permite todo el juego a la autonomía de la voluntad, al permitir que el título constitutivo pueda superar el límite legal impuesto al disfrute del usufructuario: la conservación de la forma y sustancia de la cosa (Díez-Picazo y Gullón).

A. Facultades de aprovechamiento

1.º *Derecho a disfrutar de la cosa.* El usufructuario tiene derecho a todos los beneficios que proporcione la cusa usufructuada. Lo que se traduce en que tiene derecho a percibir los frutos que produzca la cosa (Pérez Álvarez). Así pues, el usufructuario tiene derecho a percibir los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes en usufructo (no los tesoros). Los frutos naturales o industriales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario y los pendientes al tiempo de extinguirse pertenecen al propietario (pero este ha de pagar los gastos) (art. 472 CC).

2.º *Derecho a las accesiones.* El usufructuario tendrá derecho a disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga a su favor y, en general, de todos los beneficios inherentes a la misma (art. 479 CC).

3.º *Derecho de mejorar la cosa.* El usufructuario puede hacer las mejoras útiles o de recreo que considere siempre que no altere su forma o sustancia; no tiene derecho a indemnización por ellas y solo se le reconoce la posibilidad de retirarlas, en acabar el usufructo, si es posible sin detrimento de la cosa objeto del usufructo (art. 487 CC).

4.º *Derecho a las servidumbres y demás beneficios que tuviese la cosa usufructuada.* El usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga a su favor y, en general, de todos los beneficios inherentes a la misma (art. 479 CC).

B. Facultad de disposición

Según el artículo 480 CC, el usufructuario podrá aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendar a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que realice el usufructuario con terceros se extinguirán al finalizar su derecho de usufructo (salvo el caso de las fincas agrícolas en que se respetará el año agrícola) .

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Es decir, que el usufructuario puede ceder el derecho de que es titular a un tercero, si bien con el mismo límite temporal que tenga el usufructo (Pérez Álvarez).

4.2. Obligaciones del usufructuario

El régimen jurídico del usufructo, tal como aparece regulado en el Código, impone al usufructuario una serie de obligaciones que unas veces tienen carácter positivo (acciones) y otras tiene carácter negativo (abstenciones). Estas obligaciones pueden ser previas a la constitución, simultáneas al ejercicio del derecho u obligaciones finales o liquidatorias de la situación de usufructo. Las obligaciones del usufructuario aparecen recogidas en los artículos 491 a 512 del Código Civil.

A. Obligaciones del usufructuario previas al usufructo

El artículo 491 CC obliga al usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, a hacer inventario y a prestar fianza.

1.º *El inventario.* El usufructuario está obligado a formar inventario «con citación del propietario o de su legítimo representante, inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles» El inventario cumple la función de proteger los intereses de quien ha de recibir la cosa al extinguirse el usufructo. Se ha de practicar citando propietario, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles. El Código no dice nada respecto a la forma pública o privada en la que el inventario ha de efectuarse (Martínez de Aguirre).

2.º *La fianza*, pretende asegurar el cumplimiento de las obligaciones que le correspondan (arts. 491-512). La fianza actúa como garantía de la eventual responsabilidad en que pueda incurrir el usufructuario por el incumplimiento de las obligaciones que se le imponen: cuidar de las cosas usufructuadas, hacer las reparaciones ordinarias, restituir las cosas al término del usufructo (Martínez de Aguirre).

Tanto la obligación del inventario como la de prestar fianza pueden ser objeto de dispensa (art. 493). En algunos supuestos el Código establece una dispensa legal, así pues, no ha de prestar fianza: el vendedor o donante que se reserva el usufructo de los bienes vendidos; el cónyuge viudo si no contrajera ulterior matrimonio (art. 492).

En el caso de que el usufructuario no preste la fianza, el art. 494 autoriza al propietario, entre otras medidas, el exigir que los inmuebles se pongan en administración y que los muebles se vendan.

B. Obligaciones simultáneas al usufructo

1.º *El cuidado de la cosa usufructuada.* El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en como un buen padre de familia (art. 497 CC). Lo que

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

supone que el usufructuario ha de cuidar la cosa usufructuada empleando una diligencia media (Pérez Álvarez).

Si enajena o arrienda su derecho de usufructo será responsable del menoscabo de la cosa por culpa o negligencia del que le sustituya (art. 498 CC).

2.º *Reparaciones.* El usufructuario está obligado a realizar las reparaciones ordinarias, estas son las exigidas por los deterioros producidos por el uso natural de las cosa. Si no las hace, el propietario las podrá hacer a costa del usufructuario (art. 500 CC). Por el contrario, las reparaciones extraordinarias son de cuenta del propietario. El usufructuario está obligado a darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas (art. 501 CC). Si no las hace, siendo necesarias, podrá hacerlas el usufructuario que le pedirá al propietario el aumento de valor experimentado por la finca el acabar el usufructo. Si no paga el propietario el usufructuario puede retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos (art. 502 CC).

3.º *Contribuciones y cargas.* El pago de las cargas y contribuciones anuales y los gravámenes de los frutos irá a cargo del usufructuario (art. 504 CC). Las contribuciones sobre el capital, las paga el propietario (art. 505 CC). Si las paga el que no corresponde, tiene derecho a exigírselas al obligado, al final del usufructo con intereses.

4.º *Obligaciones por razón de custodia.* El usufructuario ha de avisar al propietario sobre cualquier acto de un tercero que lesione los derechos de propiedad, si no lo hace cargará con la culpa (daños y perjuicios) (art. 511 CC).

5.º *Gastos de pleitos.* El usufructuario pagará los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo (art. 512 CC).

C. Derechos y obligaciones del nudo propietario

Tradicionalmente, se ha entendido que durante el usufructo la propiedad pasa a ser un derecho prácticamente *vacío de contenido.* De ahí que se hable de la nuda propiedad hasta que el propietario recupere las facultades ahora incluidas en el derecho real en cosa ajena.

Sin embargo, al nudo propietario le corresponden los siguientes derechos:

1.º A inspeccionar la actuación del usufructuario sin causarle molestias.

2.º A imponer servidumbres sobre la finca (sin consentimiento del usufructuario) siempre y cuando no perjudiquen el derecho de usufructo (art. 595 CC).

3.º A hipotecar su derecho de propiedad, la nuda propiedad (art. 107.2 Ley Hipotecaria: si bien entonces, al consolidarse la propiedad, vigente la hipoteca, esta se extenderá a todo el derecho dominical, salvo que se pacte lo contrario).

4.º Puede realizar actos de conservación de la cosa.

5.º Puede realizar obras y mejoras y nuevas plantaciones siempre que no se perjudique el valor del usufructo ni el derecho del usufructuario (art. 503 CC).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El nudo propietario tiene las siguientes obligaciones: 1.º Entregar la cosa cuando se constituye el usufructo. 2.º No hacer nada que perjudique al usufructo. 3.º Respetar la sustancia y la forma de la cosa (arts. 467-468). 4.º Realizar las obras extraordinarias.

5. EXTINCIÓN: CAUSAS Y EFECTOS

5.1. Causas de extinción del usufructo

Las causas de extinción del usufructo aparecen enumeradas en el artículo 513 CC. De acuerdo con el mismo, el usufructo se extingue:

1.º *Por muerte del usufructuario.* El usufructo, sin perjuicios de que pueda constituirse a término o bajo condición, es un derecho vitalicio y, por consiguiente, no se transmite *mortis causa* a los herederos del usufructuario, salvo cuando así se hubiese estipulado expresamente. En el caso de instituirse varios usufructos sucesivos no pueden superar en duración los límites establecidos en el artículo 781 CC para las sustituciones fideicomisarias «siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

Ej.: el testador dispone un usufructo a favor de su hijo y para cuando este fallezca dispone que se transmita a su nieto.

2.º *Expiración del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria.* Si el usufructuario fallece antes de la finalización del plazo, el derecho subsistirá los años prefijados, salvo que en el título constitutivo se hubiese establecido el carácter personalísimo de aquel derecho (art. 516 CC). En el caso de usufructo en favor de personas jurídicas el plazo no podrá superar más de 30 años, superado ese plazo el usufructo se extinguirá (art. 515 CC).

3.º *Reunión del usufructo y la nuda propiedad en una sola persona.* Este es el caso de la denominada «consolidación» que puede tener lugar bien porque el nudo propietario adquiere el usufructo, bien porque el usufructuario adquiere la nuda propiedad (Pérez Álvarez).

4.º *Renuncia del usufructuario.* El usufructuario puede renunciar a su derecho, pero si se hace en perjuicio de terceros, la renuncia es ineficaz frente a éstos. En el caso de la renuncia del usufructuario que previamente ha hipotecado su derecho el artículo 107.1 LH dispone que «la hipoteca subsistirá hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin».

5.º *Pérdida total de la cosa objeto del usufructo.* La pérdida ha de ser total, puesto que si fuera parcial el usufructo continúa en la parte restante

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

(art. 514). En los artículos 517 a 519 se establecen supuestos especiales para el caso de destrucción de edificio o expropiación forzosa de la cosa usufructuada.

6.º *Resolución del derecho del constituyente.* Es decir, que si el derecho del propietario se resuelve, si se declara la ineficacia del mismo, el derecho de usufructo también queda resuelto automáticamente (Pérez Álvarez).

7º. *Por prescripción*. El usufructo se extingue por el no uso de las facultades que el derecho le confiere —es decir, por el no aprovechamiento material de la cosa usufructuada—, durante un plazo de seis años en el caso de los bienes muebles y de treinta años en el de los inmuebles (arts. 1962 y 1963 CC). En este caso, el bien usufructuado sería usucapido como libre por parte del nudo propietario o de un tercero, si bien bastará el uso de alguna de las facultades propias del usufructo para que no se extinga el derecho.

Otra causa de extinción, contemplada en el artículo 519 CC, es la expropiación forzosa de la cosa (Díez-Picazo y Gullón).

5.2. Efectos

Según el artículo 522 CC, una vez terminado el usufructo se entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de retención que compete al usufructuario o a sus herederos por los desembolsos que deban ser reintegrados. Verificada la entrega se cancelará la fianza o hipoteca.

6. USUFRUCTOS ESPECIALES

El usufructo —nos dicen Díez-Picazo y Gullón— en principio recae sobre bienes fructíferos, es decir, que producen frutos o rentas. Son principalmente bienes inmuebles destinados a un uso agrícola. Este usufructo, que podemos denominar normal u ordinario, es un derecho real.

El usufructo puede recaer sobre cosas que se separan del tipo o modelo de «cosa fructífera», con lo cual las consecuencias jurídicas de este tipo de usufructo pueden ser diferentes a la del usufructo ordinario. En este supuesto nos encontramos ante los denominados usufructos especiales.

De la regulación del usufructo en el Código Civil puede desprenderse la existencia de los siguientes usufructos especiales (Díez-Picazo y Gullón):

a) Usufructos sobre cosas deteriorables (art. 481).
b) Usufructos sobre cosas consumibles (art. 482).
c) Usufructos de viñas, olivares, u otros árboles o arbustos (arts. 483 y 484).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

d) Usufructo de montes (art. 485). Se refiere al disfrute de los aprovechamientos que el monte pueda producir (leñas, pastos, bellotas, piñas, setas, etc.) salvo la tala de árboles por su pie.
e) Usufructo de vivero (art. 485.4.º).
f) Usufructo de ganados o usufructo de un rebaño (art. 355).
g) Usufructo de minas (arts. 476 a 478 CC). Se trata del supuesto del usufructo de un predio en el que existan minas.
h) Usufructo de derechos (art. 469).
i) Usufructo de un patrimonio (art. 506).
j) Usufructo de un patrimonio hereditario (art. 507).

7. LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN

El Código Civil regula los *derechos reales de uso y habitación* en los artículos 523 a 529, los cuales, según Díez-Picazo y Gullón, han sido siempre considerados como una especie de apéndices del derecho de usufructo. Ambas figuras constituyen derechos reales en cosa ajena (Pérez Álvarez).

Estos derechos solo pueden recaer sobre cosas corporales, que estén dentro del comercio de los hombres, muebles o inmuebles, que proporcionen frutos directamente consumibles.

7.1. El derecho de uso

En Roma la diferencia entre el *uso* y el usufructo radica en que el primero comprendía la facultad de uso, pero no la de disfrute. Es decir, que el titular del uso no tenía derecho a los frutos. Sin embargo, en la regulación del uso en el Código Civil (art. 524) hubo una ampliación de su contenido, y se permitió que el usuario tuviera «derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque esta se aumente». Lo que supone un usufructo sometido a una medida, la del titular del derecho y la de su familia, aunque esta aumente (Clemente Meoro). De lo que se deduce que este limitado disfrute tiene por objeto el consumo ordinario que lleva implícito el uso de la cosa. El usuario disfruta para satisfacer una necesidad y no puede obtener beneficios más allá (Díez-Picazo y Gullón).

7.2. El derecho de habitación

El derecho real de habitación es una forma de derecho de uso caracterizado por el objeto sobre el que recae. De acuerdo con el artículo 524 CC, es la «facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia» (art. 527 CC). Este derecho no concede a su titular un derecho a los frutos y además el uso de la casa lo ha de ser como vivienda.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

7.3. Régimen jurídico

El régimen jurídico de los derechos de uso y habitación se establece en los artículos 523 a 529 del Código Civil.

Son caracteres comunes a ambas figuras:

1.º *Regulación.* El artículo 523 dice que el contenido de estos derechos se regula por su título constitutivo, y en su defecto por los artículos 523 y 529, y subsidiariamente por las disposiciones relativas al usufructo en la medida en que sean aplicables (art. 528).

2.º *La intransmisibilidad.* En este sentido el artículo 525 establece que estos derechos –a diferencia del usufructo– son intransmisibles, por lo que «no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título».

3.º *Contribución a los gastos.* Si el usuario consume todos los frutos o el titular del derecho de habitación ocupa toda la casa, estará obligado a los gastos de cultivo, reparaciones de conservación y pago de contribuciones, del mismo modo que el usufructuario (art. 527). Pero «Si solo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquél lo que falte» art. 527 II).

4.º *Extinción*. Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por abuso grave de la cosa y de la habitación (art. 529). En el caso del usufructo el mal uso no da lugar a su extinción.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 12. El derecho real de servidumbre

1. CONCEPTO DE SERVIDUMBRE

Etimológicamente servidumbre proviene del nombre verbo latino *servire*, «servir o prestar servicio». Por su mismo nombre, la servidumbre indica que es un gravamen o servicio que pesa sobre los bienes limitando la libertad y el derecho de propiedad.

La servidumbre es un derecho real que concede un derecho de disfrute inmediato pero de contenido limitado sobre una finca ajena (Puig Brutau). Este derecho real se constituye gravando una cosa con la prestación de servicios determinados en provecho exclusivo de persona que no es su dueño o de otra finca que es de otro propietario (De Diego).

El Código proporciona una definición legal de las *servidumbres reales o prediales*, en el artículo 530 CC, al establecer que «La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante y el que la sufre predio sirviente». Este precepto ha sido criticado por la doctrina por los siguientes motivos:

a) El Código Civil, al definir la servidumbre real o predial, parece que relaciona exclusivamente inmuebles entre sí. Esto no es posible puesto que no caben relaciones jurídicas entre fincas, el inmueble es la base natural sobre la que se construye la servidumbre, pero esta, al tratarse de un derecho subjetivo implica la intervención de personas, sin las cuales no es posible la existencia de relaciones jurídicas. Nos encontramos ante un derecho subjetivamente real porque su titularidad va unida a la cosa (Díez-Picazo y Gullón).
Este carácter de derecho real implica que la servidumbre posee las notas de *inmediatividad* y de *absolutividad* (Castán). Si bien la servidumbre en su aspecto activo es un *derecho*, en cambio en su aspecto pasivo es un *gravamen*.

b) Porque no precisa en qué consiste el contenido del gravamen, aunque como advierte Castán, debe tenerse en cuenta que el hecho de tener que redundar

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

en beneficio de otro inmueble supone cierta precisión en el mínimo exigible. Para la doctrina el gravamen de la servidumbre puede consistir en el derecho de exigir que no se haga algo (*non facere*) o que se permita hacer algo (*pati)*, pero no en el derecho de exigir que el gravado haga algo, en todo caso la obligación de hacer alguna lo es solamente con carácter accesorio a la servidumbre (*facere*). Ej.: una servidumbre de paso con la obligación de efectuar las reparaciones en el camino.

La RDGRN de 19 abril 1930, declara «que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño y en cuya virtud el titular del predio dominante puede utilizar el predio sirviente para ciertas finalidades o poner al aprovechamiento del mismo limitaciones que redundan en beneficio de su particular dominio o privar al dueño del predio gravado de alguna especial facultad contenida en el derecho de propiedad normalmente constituido».

2. CARACTERES

Las servidumbres presentan los siguientes caracteres.

2.1. Predialidad

Las servidumbres son un derecho real, lo que supone que recaen sobre fincas o predios, es decir, sobre inmuebles. En el caso de la servidumbre real o predial exige la existencia de dos predios, llamados dominante y sirviente (art. 530.2). Los romanistas mencionan que es menester decir predios contiguos o, a lo menos, vecinos; pero lo cierto es que algunas servidumbres, por ejemplo, la de acueducto, pueden existir aún entre fincas muy distantes. Basta, pues, como dice De Diego, con que la situación topográfica de los fundos sea tal que haga posible el ejercicio de la servidumbre.

En la definición del artículo 530 se señala que las servidumbres recaen sobre inmuebles pertenecientes a distinto dueño, lo que supone que son un derecho real que recae sobre cosa ajena. De modo que no puede existir un derecho de servidumbre que recaiga sobre cosa propia, pues las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre. Este es el sentido de la regla romana *nemine res sua servit*, que viene a establecer la imposibilidad jurídica de que una servidumbre pueda surgir entre dos fincas pertenecientes a un mismo dueño (O'Callaghan). Esta característica de la servidumbre está presente en el artículo 530 al definir la servidumbre como un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño (Castán).

Una consecuencia del principio *nemine res sua servit* es que la servidumbre se extingue por consolidación, o sea, cuando las dos titularidades, la de propietario de la cosa y la de titular de la servidumbre, se reúnen en la misma persona (art. 546.1 CC).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.2. La inherencia

El que las servidumbres sean derechos subjetivamente reales implica que sean inseparables de la finca a la que activa o pasivamente pertenecen (art. 534 CC). De modo que una vez constituida la servidumbre en provecho de una cosa o de una persona, está es inherente al fundo, en las prediales, o a la persona, en el caso de las servidumbres personales (De Verda y Beamonte). Este principio de inalienabilidad de las servidumbres queda reforzado por el artículo 108.1 LH, al establecer que no se pueden hipotecar por separado las servidumbres, «a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada».

2.3. La indivisibilidad

Una consecuencia de la inherencia es que las servidumbres son indivisibles (art. 535 CC), lo que es igual, no pueden adquirirse ni perderse parcialmente (Castán). De ahí el axioma romano de que una servidumbre no puede gravarse con otra (*servitus dividi non possunt*) que se recoge en el artículo 535 CC (O'Callaghan).

En este precepto se establece que «Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda.

Si es el predio dominante el que se divide entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera».

2.4. Derogación del régimen normal de la propiedad

La servidumbre suponen una derogación al régimen normal de la propiedad. Lo que a su vez produce las siguientes consecuencias:

1.ª *La no presunción de su existencia.* Al tratarse de un derecho real limitativo, ello motiva que las servidumbres no se presuman, sino que se ha de probar su constitución. La interpretación en materia de servidumbres, como en todo lo relativo a imposición de gravámenes sobre la propiedad, ha de ser estricta y favorecer, en lo posible, el interés y condición del predio sirviente, puesto que la propiedad se presume libre.
La STS 17 noviembre 2011 (RJ 2011/7289): implicando toda servidumbre un gravamen o carga, como dispone el artículo 530, nunca se presume, habiendo necesidad de probarla, porque la propiedad se presume libre mientras no se demuestre lo contrario, y cuya presunción *iuris tantum* de ser libre todo fundo procede de los artículos 348 y 536 del Código Civil.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.ª *No cabe una servidumbre sin utilidad y posibilidad.* No puede existir servidumbre sin utilidad (o posibilidad de ella) para un fundo o para una persona, pues no cabe admitir limitaciones en el ejercicio de la propiedad inmueble, que no reporten ventaja a nadie. La utilidad ha de ser actual o potencial, pero ha de existir en todo caso. La servidumbre debe tener una causa perpetua, es decir, debe satisfacer un interés permanente del predio dominante y descansar en una utilidad que pueda constantemente prestar el predio sirviente.

3.ª El ejercicio de la servidumbre ha de amoldarse al objeto y necesidades para que se estableció, sin que el dueño del predio sirviente pueda oponer obstáculos, y habiendo de comportarse el del predio dominante *civiliter*, es decir, procurando que resulte el ejercicio de la servidumbre lo menos gravoso posible para el sirviente. Así resulta de lo establecido en el artículo 545 CC: «El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida.

Sin embargo, si por razón del lugar asignado primitivamente, o de la forma establecida para el uso de la servidumbre, llegara esta a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes, podrá variarse a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre».

4.ª *La permanencia.* La servidumbre, aunque tenga una existencia limitada en el tiempo, es permanente dentro de esos límites; lo que supone que perdura en tanto no sobrevenga una de las causas de extinción previstas en la ley (art. 546 y ss.), puesto que la servidumbre satisface una utilidad o interés permanente, aun dentro de un límite temporal (O'Callaghan).

3. ELEMENTOS

3.1. Elementos personales

La regla general es que el sujeto activo o titular del derecho de servidumbre es el dueño del predio dominante, sea quien fuere. Por excepción, en las servidumbres personales (art. 531), el titular es una persona determinada. El sujeto pasivo de la servidumbre es toda la colectividad (como en los demás derechos reales), pero especialmente el dueño (o el actual poseedor) de la finca gravada.

3.2. Elementos reales

Los elementos reales están constituidos por el fundo o fundos objeto de la servidumbre. En su tipo normal de servidumbre real, esta requiere la existencia de dos predios: el dominante, que es aquel a cuyo favor está constituida la

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

servidumbre, y el sirviente, que es el que la sufre (art. 530.2). Tales predios, ya sean rústicos o urbanos, han de estar determinados y ser de propiedad privada (es decir, pertenecientes a particulares o patrimoniales del Estado, comunidad autónoma, provincia o municipio, porque los bienes de uso público y general no pueden ser objeto de verdadera y propia servidumbre), y además, han de estar en una situación que haga posible la prestación del servicio en que consista la servidumbre.

4. CLASES DE SERVIDUMBRES

4.1. Servidumbres reales o prediales y personales

Esta distinción se efectúa por el Código Civil en los artículos 530 y 531 atendiendo al titular activo de la servidumbre. Son prediales aquellas que gravan un inmueble en *beneficio de otro perteneciente a distinto dueño* (art. 530 CC). El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se denomina predio dominante, y el que la sufre, predio sirviente.

Son servidumbres personales aquellas que se establecen a favor de una o varias personas físicas o jurídicas o una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada (art. 531 CC). Señala Castán que tradicionalmente en nuestro derecho tuvieron la consideración de servidumbres personales los derechos de usufructo, uso y habitación.

Según Puig Brutau, las servidumbres personales pueden considerarse como figuras intermedias entre la servidumbre predial y el usufructo. De las prediales se distinguen por no requerir, como hemos indicado, predio dominante, ya que la utilidad derivada de la finca gravada se atribuye al titular activo del derecho en base a consideraciones personales y no por ser dueño de una finca dominante. Frente al usufructo se distinguen por afectar a un determinado aprovechamiento del predio sirviente, mientras que el usufructo recae sobre todos los que este último rinda.

La STS 30 noviembre 1908 aplicó el concepto y la denominación de servidumbre personal a los aprovechamientos de pastos y arbolado de un monte en favor de persona distinta de su titular. La STS 30 octubre 1919 aplica el artículo 531 CC y la expresión servidumbre personal al derecho de labrar cada tres años en ocho fanegas de tierra correspondientes a una finca ajena. Y también el derecho concedido a una persona y sus descendientes de ocupar determinadas ventanas de una casa (servidumbre de balcón) para presenciar los festejos locales (STS 30 noviembre 1908).

4.2. Servidumbres continuas y discontinuas

Esta diferencia se efectúa por razón de su ejercicio, de modo que de acuerdo con el artículo 532 CC son continuas aquellas cuyo uso es o puede ser incesante

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

sin la intervención de ningún hecho del hombre (ej., servidumbre de luces y vistas o la de acueducto), y discontinuas son las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre (ej., servidumbre de paso).

Por continuidad, dice Lacruz, no debe entenderse un ejercicio ininterrumpido. En la servidumbre de acueducto no siempre el uso podrá ser incesante, y lo mismo cabe decir en la derivación de aguas fluviales. La continuidad del servicio no es un requisito de las servidumbres continuas, a menos que se entienda una continuidad potencial. La característica de las servidumbres discontinuas –que las diferencia de las continuas– es la necesidad de requerir la actuación del hombre cada vez que quiera usarse de ellas. Es discontinua, pues, toda servidumbre de paso, por ejemplo.

4.3. Servidumbres aparentes o no aparentes

Por las señales de su existencia, por su exteriorización son aparentes, según el artículo 532: las que se anuncian y están continuamente a la vista por *signos exteriores* que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas (ej., servidumbre de acueducto), y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (ej., las de luces y vistas sin ventanas ni huecos, las limitaciones de construir). La importancia de la distinción se encuentra en el hecho de que únicamente las servidumbres aparentes y continuas son susceptibles de usucapión (De Verda y Beamonte).

Hay servidumbres, dice Manresa, como las negativas, que nunca son aparentes o lo son atendiendo al predio dominante y a determinado aspecto positivo de las mismas, y otras, como las de estribo de presa, que siempre lo son. Pero, en cambio, hay muchas que pueden ser aparentes o no aparentes, según los casos. Así, la servidumbre de paso puede presentar un signo de su existencia, un pasadizo, por ejemplo, aunque ordinariamente sea no aparente. La de acueducto tiene siempre la consideración de aparente por declaración del Código (art. 561).

4.4. Servidumbres positivas y negativas

Esta distinción se efectúa atendiendo a su contenido, según el artículo 533 CC son servidumbres positivas las que imponen al dueño del predio sirviente la *obligación de dejar hacer [al dueño del predio dominante] alguna cosa* (ej., la servidumbre de paso) *o de hacerla por sí mismo* y negativa, la que *prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.* Ej.: la servidumbre de luces y vistas en pared propia es negativa, ello conlleva la prohibición de abrir ventanas en pared propia, lo que podría realizar el dueño de la finca de no existir la servidumbre.

Las servidumbres positivas suponen un *pati (padecer)*, y por ello se llaman *servitutes in patiendo. En Derecho romano se decía que su titular puede hacer algo positivo respecto del otro fundo, ejercita una «*inmissio*» (intromisión) lícita.* En las negativas, el titular tiene derecho a que no se realicen determinadas

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

actividades que serían lícitas de no existir la servidumbre, de ahí que se hable de un *ius prohibendi* en favor de su titular. De ahí que se hable de *servitutes in non faciendo (abstenerse de hacer).*

El artículo 533 CC plantea la posibilidad de incluir entre las servidumbres positivas, aquellas que impongan al dueño del predio sirviente la obligación de hacer una cosa por sí mismo, son las llamadas *servitutes in faciendo*, lo que nos reconduce a la categoría de los llamados derechos reales in faciendo. No obstante, parte de la doctrina entiende que no caben servidumbres in faciendo porque la servidumbre constituye la utilidad obtenida de un predio, aunque sí que cabe respecto a determinadas prestaciones accesorias de la servidumbre que pueden consistir en un *facere* a cargo del titular del predio sirviente, como realizar obras de reparación en el camino que constituye una servidumbre de paso (Clemente Meoro).

Una misma servidumbre puede ser positiva o negativa, según los casos; así, la de luces y vistas, si los huecos se abren en pared exclusivamente propia, es negativa porque el dueño del predio dominante no impone al dueño del sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o hacerla por sí mismo, sino únicamente la prohibición de hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, como es el tapar los huecos, levantando pared en su terreno; pero si se abren los huecos en pared ajena o medianera, la servidumbre es positiva, porque no puede constituirse sin el asentimiento presunto del otro medianero o del dueño de la pared (STS de 8 de junio de 1918, 20 de abril de 1923, 15 de marzo de 1934 y 19 de junio de 1951).

4.5. Servidumbres legales o forzosas y voluntarias

Esta distinción tiene en cuenta el origen de la servidumbre. Según el artículo 536 CC, «Las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios». Las servidumbres legales o forzosas son aquellas que se establecen por la ley.

No obstante, origen legal no significa que estas servidumbres se apliquen automáticamente, sino que permite al titular del fundo dominante que pueda exigir al del sirviente la constitución de la servidumbre, cuando concurran las circunstancias exigidas por la ley, y si se niega se puede solicitar su imposición por la vía judicial (Castán).

La STS 17 noviembre 2011 (RJ 2011/7289) estima que «resulta indiscutible que las servidumbres forzosas pueden constar en título voluntario, sin que pierdan aquella naturaleza cuando el negocio constitutivo tuvo como finalidad sustituir al acto coactivo (judicial, o en su caso administrativo)» (en este sentido, SSTS de 19 de julio de 2002 [RJ 2002/8547] y 23 de marzo de 2001, RC 676/1996).

Las servidumbres voluntarias son aquellas establecidas «por la voluntad de los propietarios» (art. 536 CC), lo que supone que han nacido por negocio jurídico, o en sentido amplio, todas aquellas cuyo origen no es legal, lo que incluye las constituidas por usucapión o por destino del padre de familia (O'Callaghan).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El límite a la posibilidad de establecer servidumbres voluntarias entre los propietarios de fincas diversas se encuentra en el artículo 594 CC, al decir que «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que tenga por conveniente siempre que no contravengan las leyes y el orden público».

La STS 17 noviembre 2011 (RJ 2011/7289) pone de relieve que «Declara al respecto la STS de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/3187), RC n.º 676/1996 que la necesidad es la nota característica de las servidumbres forzosas (SSTS de 26 febrero 1927 y 17 noviembre 1930 [RJ 1930/1265)]), lo que las diferencia de las servidumbres voluntarias en que basta la utilidad, entendida en el sentido amplio de beneficio, comodidad o conveniencia, de tal modo que, desaparecida en aquellas la necesidad, la servidumbre carece de justificación, por lo que se puede exigir su extinción (SSTS de 16 diciembre 1904, 27 septiembre 1961 [RJ 1961/3268]) y 20 febrero 1987 [RJ 1987/722])».

5. CONSTITUCIÓN

5.1. Modos de constituirse las servidumbres en general

Según el artículo 536 del Código Civil, las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios. Pero de otros artículos resultan algunas formas intermedias entre la constitución legal y la voluntaria, como son la prescripción, admitida por el artículo 537 y siguientes, y la presunción legal, para el caso de la existencia de un signo aparente tal como establece el artículo 541.

No todos estos modos son aplicables a todas las clases de servidumbres. Así, la prescripción solo es aplicable a las servidumbres a la vez continuas y aparentes (art. 537), y la presunción aludida, solo a las servidumbres aparentes (art. 541). No obstante, como quiera que la servidumbre es un acto de gravamen, se requiere que el propietario del fundo sirviente tenga la libre disposición del mismo (De Verda y Beamonte).

5.2. Adquisición por la ley

La ley unas veces crea directamente la servidumbre (tal sucede, por ejemplo, en el caso de la servidumbre natural de aguas, de que se ocupa el artículo 552), y otras concede a los propietarios el derecho a reclamar la constitución del gravamen, mediante un acto concreto ante la autoridad judicial o administrativa, (salvo acuerdo de las partes) como sucede en la servidumbre de paso. En estos últimos casos la servidumbre se constituye, en realidad, por *adjudicación.*

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

5.3. Adquisición voluntaria

Las servidumbres voluntarias pueden adquirirse de tres modos:

A. Por negocio jurídico

Las servidumbres, sean de la clase que sean, pueden adquirirse en virtud de título (arts. 537 y 539), entendiéndose por tal todo negocio jurídico, bien sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o de última voluntad que pueda producir un efecto jurídico-real. La creación de la servidumbre por esta vía también requerirá, según Díez-Picazo y Gullón, además del contrato, la tradición o puesta a disposición de acuerdo con lo establecido en el artículo 609.2 CC.

La creación de servidumbre por negocio jurídico no está sometida a ningún requisito de forma; si bien para que la servidumbre produzca efectos contra un tercer poseedor del predio sirviente es preciso que conste inscrito en el Registro de la Propiedad el título constitutivo de aquella, así se exige en el artículo 32 LH que es coincidente con el del artículo 606 CC: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». Lo que a su vez exige el previo otorgamiento de escritura pública, puesto que según el artículo 3 LH solo pueden ser inscritos los títulos que estén consignados en «escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por la Autoridad judicial o por el gobierno y sus agentes».

B. Por prescripción adquisitiva o usucapión

El derecho de servidumbre, en cuanto derecho real, puede ser objeto de prescripción adquisitiva o usucapión, de acuerdo con lo establecido con carácter general para todos los derechos reales en los artículos 1930 a 1940 CC, y de forma especial para las servidumbres, en los artículos 537 a 540 CC (Díez- Picazo y Gullón).

La adquisición de las servidumbres por usucapión plantea dos problemas: en primer lugar, si todas las servidumbres son usucapibles; y en segundo lugar, los relativos al modo de computar el tiempo.

1.º Las servidumbres usucapibles

El artículo 537 CC dice que «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o por la prescripción de veinte años» y en el artículo 539 que «las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, solo podrán adquirirse en virtud de título.

Según Díez-Picazo y Gullón, el Código Civil limita la eficacia de la usucapión, como modo de adquisición de las servidumbres, a las continuas y aparentes; lo que supone que no se aplica la usucapión a las servidumbres continuas no aparentes (ej., servidumbre de luces y vistas en pared propia). Las servidumbres discontinuas nunca se pueden

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

usucapir, sean o no aparentes (ej., servidumbre de paso). Este tipo de servidumbres solo podrán crease mediante título y la falta de este solo puede ser suplida por una escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por una sentencia firme (art. 540).
La tesis de la imposibilidad de usucapión de las servidumbres continuas no aparentes y de las discontinuas, tiene su fundamento en que en estas servidumbres no se dan los presupuestos necesarios para la usucapión, puesto que si se trata de servidumbres no aparentes falta la posesión pública, y si se trata de servidumbres discontinuas falta una posesión ininterrumpida.

2.º Las reglas sobre el cómputo del tiempo

El plazo de 20 años para la usucapión de las servidumbres se aparta de la regla general del Código que establece unos plazos de 10 y 30 años para la adquisición de la propiedad mediante la usucapión ordinaria y extraordinaria de inmuebles (arts. 1955 y 1957 CC). El artículo 537 CC se limita a establecer un plazo único de 20 años, sin necesidad de ningún otro requisito, de ahí que se diga que es una prescripción extraordinaria de plazo abreviado, por no requerir ni justo título ni buena fe (Martínez de Aguirre). No obstante, la posesión sobre la finca objeto de servidumbre habrá de ser apta para la usucapión, es decir, ha de reunir los caracteres de ser una posesión «en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida», tal como exige el artículo 1941 CC (Díez-Picazo y Gullón.)
El artículo 538 CC contiene una regla especial para el cómputo del tiempo, según que la servidumbre sea positiva o negativa. En el primer caso, cuando la servidumbre es positiva, se cuenta desde el día en que se haya comenzado a ejercer la posesión sobre el predio sirviente. Si es negativa no se cuenta desde el momento del comienzo del ejercicio, sino «desde el día en que el dueño del precio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre».
En las servidumbres positivas es clara en sí misma, la usucapión comienza *desde el día en que empieza el aprovechamiento o el ejercicio.* Ese comienzo del aprovechamiento o del ejercicio debe ser *iure servitutis*, porque la posesión hábil para la usucapión ha de ser en concepto de dueño» (*cfr*. art. 1941), lo que equivale a decir en concepto de titular del derecho y, además, porque no aprovechan para la posesión hábil para la usucapión los actos ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia. Este sería el régimen aplicable a las servidumbres positivas como las de luces y vistas en pared ajena o medianera, viga, vertiente de tejados, acueducto, estribo de presa, parada o partidor, etc.
La regla aplicable a las servidumbres negativas exige un *acto formal de prohibición al propietario del predio sirviente de ejecutar algo que le sería lícito*. Por ello, para comenzar a prescribir, es necesario lo que el Código llama acto formal de prohibición y la doctrina «acto obstativo».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Se trata de una declaración unilateral de voluntad recepticia, que contiene una intimación o un requerimiento para que el propietario del fundo sirviente se abstenga de realizar un acto que formaría parte del normal contenido de su derecho de propiedad.

C. Constitución por signo aparente o por destino del padre de familia

Este medio de constitución de las servidumbres, que a veces también ha sido denominado «constitución tácita», se encuentra recogido en el artículo 541 CC, según el cual «la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura».
Son presupuestos para la constitución por signo aparente:

1.º La existencia de una relación de servicio entre dos fincas, que podría configurarse como un derecho de servidumbre si perteneciesen a distintos propietarios.
2.º La existencia de un signo («signo aparente de servidumbre» lo llama el art. 541) a través del que se manifiesta la relación entre los fundos y que ha de haber sido establecido por el propietario de ambas.
3.º Que se enajene cualquiera de las fincas, sin que en el título se exprese lo contrario, o sin que se haya hecho desaparecer el signo antes del otorgamiento de la escritura, para que la servidumbre sin más quede constituida, pues aunque el Código dice literalmente que continuará, no se trata de una continuación, sino de una creación *ex novo* (Díez-Picazo y Gullón).

La STS 7 marzo 1991 (RJA 1991/2079) establece que «La doctrina jurisprudencial y la científica, interpretando el art. 541 CC, han establecido cuatro requisitos para el nacimiento y adquisición de la servidumbre por destino del padre de familia o destino del propietario: 1) la existencia de uno o dos predios pertenecientes al mismo propietario, 2) un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos de que resulte visible y fácilmente comprobable la existencia del servicio prestado, 3) que dichos signos hayan sido establecidos por el titular de ambos predios o de la finca única que luego se divide, y 4) que el estado de hecho se transforme en gravamen mediante la enajenación de uno de los fundos o la división del único, subsistiendo el signo». En este sentido, la STS 24 octubre 2014 (JUR 2014/265196).
El carácter positivo o negativo de la servidumbre que puede nacer en virtud del artículo 541 no es obstáculo para su juego, ya que lo decisivo es la existencia del signo aparente. Por eso, no hay inconveniente en que se

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

constituya en aplicación del artículo analizado una servidumbre de luces y de vistas de carácter negativo (STS 16 abril 1963).

6. CONTENIDO DE LA SERVIDUMBRE

6.1. Contenido esencial y concreto

La doctrina distingue entre contenido esencial y concreto del derecho de servidumbre. El contenido esencial es el poder directo de su titular sobre el predio sirviente. El contenido concreto de cada servidumbre es aquel que es el adecuado para cada modalidad específica de servidumbre (O'Callaghan). El contenido concreto de cada servidumbre vendrá determinado por su título de constitución (negocio jurídico, usucapión y título aparente), tal como se deduce del artículo 598 CC. En las servidumbres voluntarias el Código solo contiene normas generales sobre su contenido, mientras que en las legales es más preciso.

6.2. Derechos y deberes de los dueños de los predios

El dueño del predio dominante tiene a su favor la presunción de que «al establecerse una servidumbre se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso» (art. 542 CC). Además, tiene derecho a hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre (art. 543 CC). En contrapartida, tiene el deber de comportarse *civiliter* en el ejercicio de su derecho de servidumbre, lo que supone —de acuerdo con el artículo 543— que puede efectuar las citadas obras pero sin alterar la servidumbre ni hacerla más gravosa, así como eligiendo el tiempo y la forma convenientes a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del sirviente (O'Callaghan). En el caso de que fueran varios los predios dominantes, estarán obligados a contribuir a los gastos del artículo 543 en proporción al beneficio que a cada uno reporte la obra. El que no quiera contribuir podrá eximirse renunciando a la servidumbre en provecho de los demás (art. 545 CC).

En cuanto al propietario del predio sirviente sus obligaciones son *a*) la de no menoscabar el uso del servidumbre constituida (art. 545 CC), y *b*) la de contribuir en los gastos de las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre si de algún modo utilizara la servidumbre (art. 544 CC). En cuanto a derechos, tiene el de cambiar el lugar y forma para el uso de la servidumbre si concurren las circunstancias del artículo 545 *in fine*.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

7. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN. PROTECCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

7.1. La modificación de las servidumbres

Las servidumbres, al estar previstas como situaciones inicialmente perpetuas o por lo menos de muy larga duración, es lógico que puedan modificarse (Díez-Picazo y Gullón). De ahí que en el Código Civil aparezcan algunas posibles causas de modificación de las servidumbres, que pueden sistematizarse del siguiente modo:

a) *Convenio de los interesados.* Se trata de una posibilidad implícita en los artículos 594 y 546.6 CC respecto de las servidumbres voluntarias. En el caso de las servidumbres legales impuestas en interés de los particulares también pueden ser modificadas por convenio de los interesados, siempre que el mismo no lo prohíba la ley ni resulte perjuicio para un tercero (art. 551.2). Debe entenderse que si resulta perjuicio para un tercero el convenio de modificación solo tendrá efectos entre los propietarios de los predios y sus causahabientes pero será ineficaz en relación con el tercero.

b) *El* ius variandi *del dueño del predio sirviente.* El artículo 545 concede al dueño del predio sirviente la posibilidad de modificar las reglas constitutivas de la servidumbre, cuando esta llegara a ser muy incómoda y le privase de hacer en el predio obras, reparos o mejoras importantes. Supone esta facultad una aplicación del principio según el cual la servidumbre debe ejercitarse con el menor sacrificio y el menor daño posible para el predio sirviente, y se concreta en la variación unilateral del lugar de ejercicio. En contrapartida tendrá que ofrecer otro lugar o forma igualmente cómodos que reemplacen a los que se trate de sustituir; que no resulte perjuicio alguno para el dueño del predio dominante o los que tengan derecho al uso de la servidumbre: que costee el repetido dueño del predio sirviente los gastos que ocasione la variación.

c) *Los efectos del tiempo y de la posesión*. El artículo 547 dispone que la forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera. Por tanto, cabe que por prescripción extintiva disminuya el contenido de una servidumbre al usarse con menor intensidad que la permitida al constituirse.

d) *La sobrevenida modificación externa de los predios.* La doctrina admite la existencia de esta causa por aplicación analógica del artículo 546.3. Si la modificación del estado de los predios puede conducir a la extinción de la servidumbre por imposibilidad de su uso, parece justo entender que conduzca simplemente a su modificación cuando el uso sea todavía posible aunque reducido.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

7.2. La extinción de las servidumbres

Los modos de extinción de las servidumbres se encuentran enumerados en el artículo 546 CC y son los siguientes:

1. *La consolidación: «La servidumbre se extingue por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y del sirviente».* La consolidación o confusión es congruente con la exigencia legal ex artículo 530 de que los predios, dominante y sirviente pertenezcan a distinto dueño.
2. *No uso.* La servidumbre se extingue «por el no uso durante veinte años». El plazo se cuenta desde el día en que hubiere dejado de usarse la servidumbre si fuese continua o desde que haya tenido lugar un acto contrario si fuera discontinua. La falta de uso ha de ser continua (STS 8 julio 1966).
3. *Pérdida de la cosa.* El Código habla de un cambio en el estado de los predios que haga imposible el uso de la servidumbre. Esta revive si después el estado de los mismos permite usar de ella, a menos que entre tanto se haya producido una prescripción conforme a lo dispuesto en el número anterior, debiendo interpretarse el acto contrario en las continuas es el cambio del estado de los predios (art. 546.3).
4. *Vencimiento.* La servidumbre se extingue por llegar el día o realizarse la condición, si fuera temporal o condicional.
5. *Renuncia.* La servidumbre es renunciable por el dueño del predio dominante, esta causa debe conducir, por identidad de razón, a permitir la extinción cuando la servidumbre no reporte ya beneficio al dominante.
6. *Convenio extintivo.* La redención de la servidumbre puede haberse convenido con el dueño del fundo sirviente al constituirse la servidumbre o bien puede pactarse posteriormente por ambos propietarios.

Otras causas de extinción de las servidumbres no previstas en el artículo 546 CC son (Martínez de Aguirre): 1) la invalidez o resolución del título constitutivo de la servidumbre; 2) la usucapión de la propiedad de la finca como libre de cargas por un tercero; 3) por la adquisición de la propiedad como libre de cargas por un tercero protegido por la fe pública registral, cuando la servidumbre no es aparente ni está inscrita en el Registro de la Propiedad; y 4) por desaparición de la necesidad en las servidumbres forzosas.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 13. Las servidumbres legales

1. CONCEPTO

Las servidumbres legales, o forzosas, son aquellas que son susceptibles de establecerse por imposición legal, y, por lo tanto, aunque se oponga a ello el dueño del predio destinado a sufrirlas (De Buen). La ley permite al particular que pueda exigir su constitución siempre que concurran los supuestos de hecho y satisfaga la preceptiva indemnización (O'Callaghan).

El Código Civil regula las servidumbres legales en los artículos 549 a 593, bajo la rúbrica «De las servidumbres legales». La doctrina es coincidente al admitir que no todas las relaciones que el Código Civil incluye en el capítulo de servidumbres legales merecen este calificativo. Dentro de los casos contemplados por el Código se agrupan supuestos de diferente naturaleza:

Así, algunos preceptos se refieren a auténticas limitaciones del dominio. Se trata de limitaciones impuestas automáticamente por la norma legal, en consecuencia no necesitan de ningún tipo de constitución (negocial o impuesta por la autoridad judicial o administrativa). Estas limitaciones (ej., la servidumbre de caída de aguas del artículo 552) se imponen por motivos de relaciones de vecindad o por razones de utilidad pública y no son indemnizables (Díez-Picazo y Gullón).

Tampoco son servidumbres legales las relaciones de medianería, puesto que la medianería no se impone. Así, cuando se dice en el artículo 580 que ningún medianero puede, sin consentimiento del otro, abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno, no se regula servidumbre de ninguna clase, sino que se declara una restricción; y asimismo, cuando se regula en el artículo 586 el modo como debe el propietario de un edificio distribuir la caída de aguas, no se regula tampoco una servidumbre, sino que se establece un límite del derecho de propiedad, resultante de su propia naturaleza.

En otros supuestos, en los que puede diferenciarse entre predio dominante y sirviente, sí que nos encontramos con auténticas servidumbres legales, en las que el beneficiario está facultado para exigir su constitución en base al derecho que la ley le concede, no existiendo jurídicamente hasta entonces.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La constitución puede llevarse a cabo voluntariamente o ser impuesta, previa solicitud del interesado, por la autoridad judicial o administrativa.

Ej.: X es propietario de una finca enclavada entre otras sin salida a camino público, la situación fáctica de su finca encaja con la descrita en el artículo 564 CC para la servidumbre legal de paso. Pero esta servidumbre de paso no existirá hasta que X realice un acto constitutivo, que puede ser el acuerdo con sus vecinos o, en su defecto, que solicite su constitución judicialmente. La servidumbre solo existirá a partir del acuerdo o de la declaración judicial.

El que la servidumbre legal se constituya voluntariamente por acuerdo de los dueños de los predios, no significa que deje de ser servidumbre legal. Tampoco cambia la naturaleza de la servidumbre si las partes, en el ejercicio de su autonomía privada, modifican su contenido típico en todo aquello no tenga carácter imperativo, tal como permite el artículo 551.2 (Clemente Meoro).

Las servidumbres legales, según Castán, se diferencian, fundamentalmente, de las voluntarias por:

a) *Su origen legal.* Estas servidumbres tienen por fuente la ley, a diferencia de las voluntarias que la tienen en un hecho del hombre (título, usucapión, destino del propietario, etc.). Su origen legal no supone que tengan que surgir automáticamente; la ley constituye solo un título abstracto de la servidumbre, haciendo falta además un título concreto, constituido por un acuerdo de los propietarios o una declaración de la autoridad judicial o administrativa.
b) *Numerus clausus.* El número de servidumbres legales y su contenido está tasado por ley. Mientras que en el caso de las servidumbres voluntarias su número es ilimitado y su contenido libre.

2. CLASIFICACIÓN

El Código Civil distingue dos grupos de servidumbres legales, según tengan por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares (art. 549).

2.1. Servidumbres legales de utilidad pública

Las servidumbres establecidas para la utilidad pública o interés público de acuerdo con el artículo 550 CC se rigen por: «1. Por las leyes y reglamentos especiales que las determinen. 2. En su defecto, por las disposiciones sobre servidumbres contenidas en el título VII del libro II del Código civil».

Las servidumbres públicas se refieren, como dice Manresa, a las materias siguientes: 1.º Aguas, 2.º Minas, 3.º Montes, 4.º Pecuarias, 5.º Vías de comunicación (carreteras, ferrocarriles, vías telegráficas y telefónicas), 6.º Obras públicas, 7.º Marítimas, y 8.º Defensa nacional y militares. A ellas habría que añadir hoy algunas otras, como las servidumbres aéreas (reguladas por la Ley de

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Aeropuertos, de 2 de noviembre de 1940; por la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, en sus artículos 51 a 54 y dis. adic. única; y el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, sobre servidumbres aeronáuticas).

Las servidumbres por utilidad pública tienen carácter administrativo, y solo están incluidas en el Código Civil algunas de las del grupo de servidumbres de aguas (ej., las establecidas en interés de la navegación, flotación, pesca y salvamento, la de camino de sirga y las de abrevadero o saca de agua) y las pecuarias (art. 570).

2.2. Servidumbres legales de utilidad privada

Estas servidumbres se regirán por las disposiciones del título VII del libro II del Código Civil, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural. Estas servidumbres podrán ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohíba la ley ni resulte perjuicio a tercero (art. 551).

Las servidumbres de utilidad privada son: 1º. Las establecidas para el uso de las aguas, que tengan este carácter privado.[9] 2.º Las de paso. 3.º Las de medianería. 4.º Las de luces y vistas. 5.º La de desagüe de los edificios, y 6.º La de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.

3. SERVIDUMBRES EN MATERIA DE AGUAS

El Código Civil regula en los artículos 552 a 563 una serie de servidumbres en materia de aguas: *servidumbre natural de caída de aguas, uso público de riberas, estribo de presa, parada o partidor, abrevadero y acueducto*. El artículo 563 CC dispone que «el establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas, de que se trata en esta Sección, se regirán por la Ley especial de la materia, en cuanto no se halle previsto en este Código».

El texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por RDLeg 1/2001 (en adelante TRLA), solo dedica a las servidumbres en materia de aguas cuatro artículos: el 6.º, «Definición de riberas», y los artículos 47 a 49 dedicados a servidumbres legales.[10] De modo que la regulación del Código es más completa que la de la ley. En la disposición final primera de la Ley de Aguas se establece la supletoriedad del Código Civil: «en todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley se estará a lo dispuesto por el Código Civil».

---

9. Actualmente la propiedad privada de las aguas es residual, el art. 10 TRLA solo la atribuye respecto de las charcas. *Vid.* tema 9. LAS PROPIEDADES ESPECIALES. § 3. La propiedad de aguas.

10. El TRLA ha sido desarrollado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, modificado por el Real Decreto 670/2013, de 6 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en materia de registro de aguas y criterios de valoración de daños al dominio público hidráulico.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Las distintas servidumbres de aguas mencionadas por el Código Civil pueden agruparse en tres apartados (O'Callaghan): en primer lugar, las verdaderas servidumbres legales, que son aquellas que exigen un acto de constitución por parte del particular interesado; en segundo lugar, las servidumbres administrativas, en interés de la comunidad y, en tercer lugar, unos límites al derecho de propiedad que no constituyen verdaderas servidumbres.

El TRLA se refiere a las servidumbres legales de aguas en los artículos 47 a 49. En el artículo 48 se establece la facultad de los organismos de cuenca de imponer las servidumbres de acueducto «si el aprovechamiento del recurso o su evacuación lo exigiera» (art. 48.1), también podrán imponer las servidumbres de saca de agua y abrevadero, de estribo de presa y de parada o partidor, así como las de paso, cuando se trate de garantizar el acceso o facilitarlo a zona de dominio público de los cauces, para usos determinados, incluyendo los deportivos y recreativos, y, en general, cuantas servidumbres estén previstas en el Código Civil (art. 48.2). En el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el RD 849/1986 (en adelante RDPH) se regulan con mayor detalle aquellas servidumbres en el capítulo I, «Servidumbres legales», artículos 16 a 49.

3.1. Servidumbres legales de aguas

A. Estribo de presa

Está contemplada en el artículo 554 CC que establece que «cuando para la derivación o toma de aguas de un río o arroyo, o para el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas, fuere necesario establecer una presa, y el que haya de hacerlo no sea dueño de las riberas, o terrenos en que necesite apoyarla, podrá establecer la servidumbre de estribo de presa, previa la indemnización correspondiente». Los artículos 48.2 TRLA y 41 RDPH contemplan la posibilidad de su imposición por los organismos de cuenca.

B. Parada o partidor

La establece el artículo 562 CC: «E1 que para dar riego a la heredad o mejorarla, necesite construir parada o partidor en el cauce por donde haya de recibir el agua, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios, incluso los que se originen de la nueva servidumbre a dichos dueños y a los demás regantes». Los artículos 48.2 TRLA y 41 RDPH contemplan la posibilidad de su imposición por los organismos de cuenca.

C. Acueducto

La servidumbre de acueducto se contempla en el artículo 557 CC. También se regula esta figura en el artículo 48 TRLA y los artículos 18 a 40 RDPH. La normativa especial está en total sintonía con lo establecido en el Código.

La servidumbre de acueducto se contempla en el artículo 557 CC: «Todo el que quiera servirse del agua de que pueda disponer para una finca suya, tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de indemnizar a sus dueños, como también a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas».
El artículo 19.1 del Reglamento Hidráulico define esta servidumbre como la que «se otorga al propietario de una finca que quiera servirse del agua de que pueda disponer para la misma, o evacuar las sobrantes, el derecho a hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar a sus dueños y a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas». Establece, asimismo, en su apartado 2.º: «La servidumbre forzosa de acueducto podrá imponerse tanto por motivos de interés público como de interés privado».
En el artículo 558 se añade que el que pretenda beneficiarse de esta servidumbre está obligado:

1. A justificar que puede disponer del agua y que esta es suficiente para el uso a que destina.
2. A demostrar que el paso que solicita es el más conveniente y menos oneroso para el tercero. 3. A indemnizar al dueño del predio sirviente en la forma en que se determine por las leyes y reglamentos.

En el artículo 48.1 TRLA se completa lo establecido en el artículo 558, puesto que establece que los organismos de cuenca podrán imponer, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil y el reglamento de esa ley, la servidumbre forzosa de acueducto si el aprovechamiento del recurso o su evacuación lo exigiera. Esta servidumbre se impondrá a través de «expediente de constitución de servidumbre» (art. 48.3 TRLA) y previa indemnización al fundo sirviente (art. 48.5 TRLA).
El artículo 559 CC establece una limitación a la posibilidad de exigir esta servidumbre forzosa: «No puede imponerse la servidumbre de acueducto para objeto de interés privado, sobre edificios, ni sus patios o dependencias, ni sobre jardines o huertas ya existentes». Finalmente, el artículo 560 CC priva al dueño del predio dominante del espacio superior e inferior a fin de hacer menos onerosa la servidumbre para el dueño del predio sirviente: «La servidumbre de acueducto no obsta para que el dueño del predio sirviente pueda cerrarlo y cercarlo, así como edificar sobre el mismo acueducto de manera que éste no experimente perjuicio, ni se imposibiliten las reparaciones y limpias necesarias».
En parecidos términos se manifiesta el artículo 49 TRLA al referirse a la titularidad de los elementos de la servidumbre cuando establece que «en toda acequia o acueducto, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas, o en caso de evacuación, de los que procedieran».
En los artículos 18 a 40 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico se precisa con mucho más detalle la regulación de esta servidumbre.
Según Díez-Picazo y Gullón, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 561 CC, la servidumbre de acueducto tiene carácter de continua y aparente, «aun cuando no sea constante el paso del agua, o su uso dependa de las necesidades del predio dominante, o de un turno establecido por días o

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

por horas». En definitiva, este artículo determina la usucapibilidad de toda servidumbre de acueducto (arts. 537 a 539).

D. Saca de agua y abrevadero

Reguladas en los artículos 555 y 556 CC. Según el primero, «las servidumbres de saca de agua y abrevadero solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población o caserío, previa la correspondiente indemnización». La necesidad de la utilidad pública también se exige por el artículo 42 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, si bien allí se establece en favor de vivienda o núcleo de población.

En el artículo 556 CC se establece una servidumbre de paso conexa a las de saca de agua y abrevadero: «Las servidumbres de saca de agua y abrevadero llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso a personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse aquéllas, debiendo ser extensiva a este servicio la indemnización».

3.2. Limitación al derecho de propiedad

Bajo el nombre de servidumbres de agua se recogen algunos supuestos que son verdaderas limitaciones del derecho de propiedad, puesto que no distinguen entre fundo dominante ni sirviente y en consecuencia no se establece ningún tipo de indemnización.

a) La servidumbre natural de aguas

Según el artículo 552 CC, recogido íntegramente en el artículo 47 TRLA, se establece que «los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra y piedra que arrastren en su curso. Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven».

La servidumbre de aguas se completa con lo previsto en el artículo 47.2 TRLA: «Si las aguas fueran producto de alumbramiento, sobrantes de otros aprovechamientos, o se hubiese alterado de modo artificial su calidad espontánea, el dueño del predio inferior podrá oponerse a su recepción, con derecho a exigir resarcimiento de daños y perjuicios, de no existir la correspondiente servidumbre».

A pesar de la denominación que le da el Código, no se trata de una verdadera servidumbre de las llamadas legales o forzosas, sino de una limitación del dominio impuesta por la relación de vecindad de los predios. Según Díez-Picazo y Gullón, lo que hace la ley es reconocer las consecuencias que se derivan de la situación física en la que se encuentran las fincas e imponen unas conductas de abstención de los respectivos propietarios: *el del superior no podrá agravar la caída de las aguas y el del inferior no podrá hacer obras que la impidan*.

Las aguas que ha de soportar el dueño del predio inferior tienen que descender naturalmente, sin intervención del hombre en ningún momento, como es el caso de las aguas procedentes de deshielos, lluvia, filtraciones, fuentes, etc. (Castán). El

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

dueño del predio inferior no está obligado a soportar el descenso de las aguas que hayan sufrido una modificación en su «calidad espontánea» por obra del hombre. El dueño del predio inferior tiene a su favor la denominada *actio pluvia arcendae* contra el propietario que ha modificado el régimen de las aguas superiores.

b) Limitación en interés de la navegación y la flotación

El otro supuesto de limitación del dominio, a pesar de utilizar la denominación de servidumbre, aparece regulada en el artículo 533 CC, que establece que «las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, a la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento». El artículo 6.1 TRLA amplía esta zona a cinco metros (zona de servidumbre de cinco metros de anchura, que será regulará reglamentariamente). El artículo 6 RDH mantiene la servidumbre de cinco metros de anchura, si bien contempla además «una zona de policía de cien metros de anchura, en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que en él se desarrollen».

El párrafo segundo del artículo 533 CC establece la servidumbre de camino de sirga: «Los predios contiguos a las riberas de los ríos navegables o flotables están además sujetos a la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial. Si fuere necesario ocupar para ello terrenos de propiedad particular, precederá la correspondiente indemnización». Ninguna referencia a los caminos de sirga ni en el TRLA ni en su reglamento, entre otras razones porque hoy en día la sirga ha quedado obsoleta. Esta práctica, inútil desde la introducción de los motores de combustión, consistía en remolcar las barcas con cuerdas desde las orillas, para remontar los ríos, lo que se hacía con tracción animal o humana.

4. SERVIDUMBRE DE PASO

4.1. Generalidades

El Código Civil regula la servidumbre legal de paso en los artículos 564 a 570; distinguiéndose tres variedades de servidumbre de paso la *servidumbre de paso con carácter permanente* (arts. 564 a 568), la *servidumbre de paso transitorio* (art. 569) y las *servidumbres de paso para ganados* (art. 570).

4.2. Paso con carácter permanente

La servidumbre de paso en general aparece definida en el artículo 564.1 CC, «el propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por la heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La STS 27 septiembre 1961 establece que aunque el CC solo se refiere al propietario de la finca enclavada como beneficiario, está facultado todo titular de un derecho real que cultive y use del fundo —usufructuario, usuario, enfiteuta— para exigir la constitución de la servidumbre de paso.

En las SSTS 9 junio 1975, 29 marzo 1977 y 13 junio 1989, se establece que si existe salida a camino público pero esta es peligrosa, difícil o insuficiente para los fines a que se destina la finca puede exigirse la constitución de la servidumbre de paso; más la salida ha de ser necesaria para la explotación normal del predio, no caprichosa o arbitraria

La indemnización a pagar por el titular de la servidumbre de paso es variable (O'Callaghan). En el caso de establecerse una vía permanente, la indemnización consiste en el valor del terreno que se tenga que ocupar en el predio sirviente y los perjuicios causados (art. 564.2); si la vía no es permanente, utilizándose solo para cultivo y extracción de cosechas por el fundo sirviente, solo consistirá en el perjuicio que ocasione la servidumbre (art. 564.3). No se pagará indemnización alguna, cuando *adquirida una finca por venta, permuta o partición, quedare enclavada entre otras del vendedor,* permutante o copartícipe. Por tanto, se concede paso sin indemnización al adquirente si la finca adquirida queda enclavada entre otras del enajenante.

La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente, y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público (art. 565 CC).

Señala la STS 8 marzo 1922 que el beneficiario ha de dirigirse en primer lugar al dueño del predio vecino, entre los que rodean su finca, al que cause el menor perjuicio, y en ese predio aplicar la regla de *usus civiliter* que establece el artículo 565 CC.

La anchura de la servidumbre de paso será la que baste a las necesidades del predio dominante (art. 566 CC).

El artículo 568 CC establece una causa de extinción de la servidumbre de paso no recogida entre las generales de las servidumbres, pero —según dice Clemente Meoro— aplicable a todas las legales: *la sobrevenida desaparición de la necesidad de la servidumbre.* Según establece el mencionado precepto, «si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua a camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización. Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso a la finca enclavada».

4.3. Paso con carácter transitorio

En este caso se establece en el artículo 569 CC: «Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que le irrogue».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4.4. Paso para ganados

Se refiere a las vías pecuarias el artículo 570 CC, distinguiendo entre las ya existentes y las que puedan constituirse. El primer párrafo dispone que «las servidumbres existentes de paso, para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cualquier otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo, y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar».

Si bien el Código habla de servidumbres, estas vías pecuarias constituyen bienes de dominio público. Hoy en día las vías pecuarias están reguladas por la Ley 3/1995, de 23 marzo, de Vías Pecuarias. En su artículo 2 se establece que «son bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, inalienables, imprescriptibles e inembargables».

Asimismo, tienen a todos los efectos la consideración de vías pecuarias, los descansaderos, abrevaderos, majadas y cualquier otro tipo de terreno o instalación anexa a aquellas, que sirva al ganado trashumante y a los pastores que lo conducen. Estas vías tuvieron su origen en el trasiego de ganados como la trashumancia desde los pastos estivales de montaña a las dehesas de invernada. Hoy en día estas actividades tienen carácter casi testimonial y la vías pecuarias tiene la finalidad adicional de servir de corredores ecológicos para favorecer la emigración y distribución de la fauna silvestre.

Las dimensiones de las vías pecuarias las fija el artículo 4 de la Ley de Vías Pecuarias, que es coincidente con el artículo 570.2 CC: «Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder en todo caso de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros, y la vereda de 20 metros» (art. 570.2).

Algunas comunidades autónomas han legislado al respecto: entre otras, la Ley 8/1998, de 15 de junio, de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid; la Ley 3/2014, de 11 de julio, de la Generalitat, de Vías Pecuarias de la Comunitat Valenciana; el Decreto 155/1998, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Vías Pecuarias de la Junta de Andalucía.

5. SERVIDUMBRE DE MEDIANERÍA

5.1. Concepto de medianería

Se designa con la denominación de servidumbre de medianería a una comunidad especial que tiene lugar cuando los propietarios de predios contiguos tiene, como anejo a su respectivo dominio, el derecho de participación en la comunidad constituida sobre los elementos medianeros o divisorios de los fundos (Martínez de Aguirre). La medianería no solo se refiere a los muros de separación de las fincas, sino a todo elemento que pueda dividir o separar los fundos como cercas, vallados, setos, zanjas o acequias. Respecto a la naturaleza jurídica, la medianería no es una servidumbre legal, aun a pesar de que el Código la califique así, puesto que en realidad se trata

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de una comunidad especial con una regulación propia, lo que hace que se aparte del sistema de la comunidad de bienes (Díez-Picazo y Gullón).

Para que exista la medianería se exige la contigüidad material de las fincas y que el elemento de separación (pared, seto, acequia) sea uno y común a ambos predios (Martínez de Aguirre). Tratándose de edificaciones que, sin duda, constituyen el supuesto más frecuente e importante de medianería, se requiere, para que dicha situación exista, que se encuentren unidas, y que la pared o muro de separación sea uno y común a ambas. De modo que no hay medianería cuando las edificaciones están unidas, pero cada una tiene su propia pared. Las paredes pegadas no son en modo alguno pared medianera, sino tan solo paredes unidas, sobre las que el derecho de propiedad del dueño no sufre ninguna limitación.

5.2. Regulación legal

La medianería se regula por las normas que el Código le dedica bajo la rúbrica «De la servidumbre de medianería» (arts. 571 a 579), y subsidiariamente por las ordenanzas y usos locales en cuanto no se opongan a él, o no esté prevenido en el mismo (art. 571). En nuestro código la medianería no es forzosa, es decir que al dueño de una pared, el propietario del predio contiguo no puede obligarle a convertir ese elemento en medianero o común (Díez-Picazo y Gullón). Sin embargo, cabe la posibilidad que las ordenanzas y usos locales impongan forzosamente la medianería (art. 571).

La medianería tiene carácter de presunción *iuris tantum*, en el artículo 572 se establece una serie de signos en cuya virtud se presume la existencia de la medianería; en el artículo 573, por el contrario, se establecen presunciones contrarias a la existencia de medianería cuando exista un signo contrario.

Establece el artículo 572 CC:

> Se presume la servidumbre de medianería mientras no haya un título, o signo exterior, o prueba en contrario:
>
> 1.º En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación.
> 2.º En las paredes divisorias de los jardines o corrales sitos en poblado o en el campo.
> 3.º En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.

Dice el artículo 573 CC:

Se entiende que hay signo exterior, contrario a la servidumbre de medianería:

> 1.º Cuando en las paredes divisorias de los edificios haya ventanas o huecos abiertos.
> 2.º Cuando la pared divisoria esté por un lado recta y a plomo en todo su paramento, y por el otro presente lo mismo en su parte superior, teniendo en la inferior relex o retallos.
> 3.º Cuando resulte construida toda la pared sobre el terreno de una de las fincas, y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas.
> 4.º Cuando sufra las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las fincas, y no de la contigua.

5.º Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y heredades esté construida de modo que la albardilla vierta hacia una de las propiedades.
6.º Cuando la pared divisoria, construida de mampostería, presente piedras llamadas pasaderas, que de distancia en distancia salgan fuera de la superficie solo por un lado y no por el otro.
7.º Cuando las heredades contiguas a otras defendidas por vallados o setos vivos no se hallen cerradas.

En todos estos casos la propiedad de las paredes, vallados o setos se entenderá que pertenece exclusivamente al dueño de la finca o heredad que tenga a su favor la presunción fundada en cualquiera de los signos indicados.

5.3. Contenido de la medianería

De acuerdo con lo establecido en el Código, los medianeros son copropietarios del elemento divisorio de sus propiedades, existe una comunidad que recae sobre ellos (pared, seto, zanja). Todo propietario tiene las siguientes facultades: 1) usar la cosa medianera en proporción al derecho que se tenga (art. 579 CC); 2) levantar la pared medianera, haciéndolo a sus expensas e indemnizando los perjuicios que se ocasionen con la obra (art. 577 CC), y 3) podrá adquirir al otro la medianería de la parte aumentada (art. 578 CC).

Los medianeros están obligados a: 1.º el mantenimiento, reparación y construcción del elemento común en proporción al derecho de cada uno, y 2.º no abrir ventana ni hueco alguno en la pared medianera sin consentimiento del otro medianero.

Los medianeros pueden liberarse de sus obligaciones renunciando a la medianería, salvo que la pared medianera sostenga un edificio del renunciante (art. 575 CC). Cabe igualmente la renuncia a la medianería derribando el edificio, siempre que el renunciante cargue con las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera (art. 576 CC).

5.4. Uso y disfrute de la medianería

El artículo 579 CC establece que cada medianero podrá usar de la pared en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad; podrá, por lo tanto, edificar apoyando su obra en la pared medianera, o introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros.

Para usar el medianero de este derecho ha de obtener previamente el consentimiento de los demás interesados en la medianería; y, si no lo obtuviere, se fijarán por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique a los derechos de aquellos.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

6. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

6.1. Generalidades

El Código Civil regula en los artículos 580 a 585 CC la denominada «servidumbre de luces y vistas», si bien los supuestos allí contemplados no son verdaderas servidumbres, sino limitaciones del dominio por razones de vecindad (Díez-Picazo y Gullón).

En principio, puede pensarse que corresponde al propietario la facultad de obtener la luz que considere necesaria y de tener vistas mediante la apertura de ventanas y balcones. Sin embargo, las relaciones de vecindad y, más concretamente, el respeto de la intimidad de las personas constituyen el fundamento para que se impongan este tipo de limitaciones del derecho de propiedad (Clemente Meoro).

a) La servidumbre de luces (*ius lumium*)

Es el derecho de abrir huecos en ciertas condiciones para tomar la luz del predio ajeno, el recibirlas mediante la apertura de ventanas o huecos (Castán). Los huecos de luces se caracterizan por la altura a la que se construyen y tener vidriera fija que impida sacar la cabeza a diferencia de lo que sucede con las ventanas.

Estos huecos, llamados de ordenanza, se establecen para permitir simplemente recibir luces, sin que puedan dar lugar a vistas; de ahí los requisitos de tamaño, reja y red de alambre. Se trata de huecos de mera tolerancia, y por ello el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared en que estuvieren abiertos podrá cerrarlos si adquiere la medianería, y no se hubiere pactado lo contrario. También podrá cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la que tenga dicho hueco o ventana (art. 581.2 y 3).

b) La servidumbre de vistas (*ius prospectus*)

Se trata del derecho de abrir huecos o ventanas para gozar de vistas a través de un fundo ajeno, y de poder impedir toda obra que las dificulte. Los huecos de vistas tienen vidrieras móviles que permiten asomarse y mirar hacia afuera. El contenido de la servidumbre de vistas es más amplio que el de luces, estando siempre la segunda incluida en la primera (Castán).

La servidumbre de luces y vistas, a pesar de su nombre se configura en el como una limitación al derecho de propiedad, así como una verdadera servidumbre.

6.2. Limitaciones al derecho de propiedad

El Código establece, respecto del derecho a tener vistas sobre fundo ajeno e impedir actos que las obstaculicen, las siguientes limitaciones que varían según se trate de pared medianera o no:

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

a) Restricciones a la facultad de abrir huecos en pared medianera, puesto que es necesario contar, lo mismo que con las luces, con el consentimiento del otro medianero. Así se recoge en el artículo 580 CC que establece: «Ningún medianero puede sin consentimiento del otro abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno».

b) Limitaciones respecto de la pared propia (no medianera) contigua a finca ajena. En este caso, su dueño no puede abrir en ella ventanas o huecos, balcones y otros voladizos o semejantes como quiera. Esto, que en principio supondría un ejercicio de su derecho de propiedad, de no existir la servidumbre constituiría un sometimiento del fundo vecino a fiscalizaciones y otras molestias.

El artículo 582 CC dispone que «no se pueden abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay 2 metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 60 centímetros de distancia». En consecuencia, se pueden abrir ventanas con vistas rectas si existe una distancia superior a dos metros entre la pared en que se construyan y la propiedad última, y con vistas oblicuas si la distancia es superior a 60 centímetros.

Ej.: si el dueño de un chalet por construir quiere abrir ventanas orientadas a la finca de su vecino con vistas rectas, solo podrá hacerlo si la pared en la que se van abrir, está retirada dos metros con relación a donde empieza el linde de la finca vecina; pero si en esa misma pared no abre ventanas, puede construirla pegada a la misma línea divisora de las fincas.

Son vistas rectas, según Clemente Meoro, las que usa el hombre teniendo la cabeza en su posición natural, lo que implica que se abren las ventanas o balcones en pared paralela a la línea que divide los dos predios o que forme con esta un ángulo muy agudo. Son oblicuas las que obligan al hombre a girar su cabeza, es decir, las que corresponden a ventana abierta en pared que forma un ángulo recto, o muy próximo a 90 grados, con el límite de los dos fundos.

Las distancias a que se refiere el artículo 582 se cuentan en las vistas rectas desde la línea exterior de la pared en los huecos en que no haya voladizos, desde la línea de estos donde haya, y para las oblicuas desde la línea de separación de las dos propiedades (art. 583 CC). También pueden abrirse ventanas si, aunque existan menos de dos metros en las vistas rectas y menos de 60 centímetros en las oblicuas, los edificios se encuentran separados por una vía pública (art. 584 CC).

6.3. La servidumbre voluntaria de luces y vistas

En el artículo 585 CC se establece una verdadera servidumbre de luces y vistas cuando «por cualquier título se hubiere adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583».

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Si el propietario de una finca adquiere una servidumbre voluntaria de luces y vistas sobre una finca vecina (mediante negocio jurídico, por usucapión o por destino del padre de familia) esto comporta: *a*) que puede abrir ventanas a una distancia inferior a dos metros del límite de separación de los dos predios, y *b*) que el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia. Con ello se evita que el dueño del predio sirviente prive al del dominante de las vistas a que tiene derecho.

El dueño de una finca gravada con servidumbre de luces y vistas, cuando edifique en ella tendrá que hacerlo retirando la construcción dentro de su terreno hasta guardar la distancia de tres metros.

La jurisprudencia ha considerado de manera reiterada que la servidumbre de vistas en pared medianera es positiva, siendo negativa la de vistas en pared no medianera. En consecuencia, al considerarla negativa, y en aplicación del artículo 538 CC, entiende que la servidumbre de luces y vistas en pared propia se adquirirá desde el día en que el dueño del predio sirviente prohíba por un acto formal la apertura de los huecos.

Ej.: unas ventanas abiertas en 1980 en pared propia contigua a finca ajena todavía no han generado servidumbre de luces y vistas, si no ha existido un acto de oposición del dueño del fundo sirviente. Si, por ejemplo, el dueño en el año 1992 se opuso formalmente a la apertura de las ventanas mediante un requerimiento notarial, pero luego no interpuso la pertinente acción, sí que se ha adquirido la servidumbre por prescripción adquisitiva en el año 2013 por haber transcurrido ya más de 20 años desde el acto de oposición.

Si las ventanas se hubieran abierto en pared medianera, en el mismo año 1980, el cómputo para usucapir, por tratarse de servidumbre positiva, hubiera empezado nada más terminar la obra y se hubiera completado 20 años más tarde, en el año 2000.

7. SERVIDUMBRE DE DESAGÜE

En los artículos 586 a 588 CC se regula la servidumbre legal «del desagüe de los edificios». Aun a pesar de utilizarse la expresión servidumbre, bajo este epígrafe se regulan tres supuestos: una servidumbre legal de desagüe de patio o corral (art. 588 CC), una limitación del dominio (art. 586 CC) y una servidumbre voluntaria de desagüe (art. 587 CC).

7.1. La servidumbre legal de desagüe

En el artículo 588 CC, como dice Sánchez Roman, se encuentra el único supuesto de servidumbre legal de desagüe. Se trata esta de una auténtica servidumbre forzosa o legal, que se impone por motivos similares a los de la servidumbre de paso: «Cuando el corral o patio de una casa se halle enclavado entre otras, y no sea posible dar salida por la misma casa a las aguas pluviales que en él ser recojan, podrá exigirse el establecimiento de la servidumbre de desagüe, dando paso a las

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida, y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicio ocasione al predio sirviente, previa la indemnización que corresponda» (art. 588 CC).

7.2. Limitación del dominio

En el artículo 586 CC se contempla una limitación del dominio, y no una servidumbre, por razón de la recogida de aguas pluviales, limitación establecida con carácter de reciprocidad (Del Arco Torres): «El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados o cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público, y no sobre el suelo vecino. Aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado a recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo».

Ej.: en el caso de que un vecino vertiese las aguas pluviales provenientes de su edificio sobre su colindante, este podría interponer una acción negatoria de servidumbre.

7.3. Servidumbre voluntaria de desagüe

El Código Civil permite que los dueños de fundos vecinos establezcan voluntariamente un derecho de servidumbre de verter las aguas de sus tejados. Se trata de una excepción a lo establecido en el art. 586, de modo que el dueño de un edificio podrá verter las aguas de su edificio sobre el predio sirviente. Dice el artículo 587 CC: «El dueño del predio que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados, podrá edificar recibiendo las aguas sobre su propio tejado o dándoles otra salida conforme a las ordenanzas o costumbres locales, y de modo que no resulte gravamen ni perjuicio alguno para el predio dominante».

8. SERVIDUMBRE DE DISTANCIAS Y OBRAS INTERMEDIAS

No se trata de servidumbres legales, sino de verdaderas limitaciones del derecho de propiedad derivadas de las relaciones de vecindad. Están recogidas en los artículos 589 a 593 CC y pueden establecerse en interés privado o público (O'Callaghan).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

8.1. Limitaciones a la propiedad en interés privado

A. *Obras nocivas y peligrosas*

Están contempladas en el artículo 590 CC que establece que se deben construir a la distancia prescrita por los reglamentos y usos del lugar, adoptando toda una serie de medidas de protección. El artículo 590 CC se refiere a las inmisiones típicas, y presenta relaciones con el artículo 1908 CC en cuanto que la vulneración de esas prohibiciones puede dar lugar a responsabilidad extracontractual: «Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban. A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos».

Es importante la remisión a los reglamentos sobre la materia, pues la legislación administrativa regula con precisión el régimen de las actividades peligrosas, nocivas, incómodas e insalubres. Son de destacar, entre otros, los siguientes textos legales: Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas; Ley 21/2013 de evaluación ambiental; Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (arts. 9 a 12); RD 653/2003, de 30 de mayo, sobre Incineración de Residuos y Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (arts. 2 y 18).

B. Árboles, ramas y raíces

Respecto a las distancias que han de observarse en las plantaciones, el artículo 591 CC establece que «no se podrá plantar árboles cerca de una heredad ajena sino a la distancia autorizada por las ordenanzas o la costumbre del lugar, y en su defecto, a la de dos metros de la línea divisoria de las heredades si la plantación se hace de árboles altos, y a la de 50 centímetros si la plantación es de arbustos o árboles bajos. Todo propietario tiene derecho a pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantaren a menor distancia de su heredad».

Por su parte, el artículo 592 CC dispone que «si las ramas de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad».

Finalmente, en lo que respecta al Código Civil, según su artículo 593, «los árboles existentes en un seto vivo medianero se presumen también medianeros, y cualquiera de los dueños tiene derecho a exigir su derribo. Exceptúanse los árboles que sirvan de mojones, los cuales no podrán arrancarse sino de común acuerdo entre los colindantes».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

8.2. Limitaciones a la propiedad en interés público

Podemos distinguir dos supuestos.

A. *Límites en interés de la defensa nacional*
El artículo 589 CC establece limitaciones que tienen por fundamento la defensa nacional: «No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia».
Estos textos legales son la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, en cuyo artículo 7 y ss. se establecen zonas de seguridad respecto de las instalaciones militares. En el caso de las «zonas próximas de seguridad» (arts. 8 y 9) se establece una franja de 300 metros de anchura dentro de los cuales no podrá realizarse sin autorización del ministerio correspondiente, obras, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna. Asimismo, su reglamento aprobado por RD 689/1978, de 10 de febrero y la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en cuyo artículo 30 se establece: « En las zonas del territorio nacional consideradas de interés para la defensa, en las que se encuentren constituidas o se constituyan zonas de seguridad de instalaciones, militares o civiles, declaradas de interés militar, así como en aquellas en que las exigencias de la defensa o el interés del Estado lo aconsejen, podrán limitarse los derechos sobre los bienes propiedad de nacionales y extranjeros situados en ellas, de acuerdo con lo que se determine por ley».

B. *Límites en interés de las comunicaciones*
Las normas administrativas establecen las distancias mínimas que deben darse entre las edificaciones o construcciones y plantaciones, y las carreteras, vías férreas y aeropuertos, como limitaciones al derecho de propiedad de las fincas contiguas a las mismas (O'Callaghan).
Así se establece en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (arts. 51 a 54 y disp. adic.); Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Construcción, Conservación y Explotación de autopistas en Régimen de Concesión (arts. 16 a 20); D 584/1972, de 24 de febrero, de Servidumbres Aeronáuticas y el D 1844/1975, de 10 de julio, de servidumbres aeronáuticas de Helipuertos; Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (arts. 20 a 30) y su Reglamento, aprobado por RD 876/2014, de 10 de octubre (arts. 65 a 74); la Ley 37/2015, de 29 septiembre, de Carreteras (arts. 28 a 40); Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector Hidrocarburos (arts. 103 a 107 y disp. adic. 19.ª); Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (art. 57 y ss., «Servidumbre de paso de energía eléctrica»); Reglamento regulador de las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico aprobado por RD 1066/2001, de 28 de septiembre; Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Comunicaciones (arts. 29 a 33 y disp. adic. 1.ª); Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (arts. 12 a 18).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 14. Los derechos reales de garantía

1. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

1.1. Concepto

Con carácter general se entiende por *garantía* toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades (Díez-Picazo y Gullón). Los derechos reales de garantía son aquellos que recaen sobre cosas determinadas, de modo que el titular de la garantía ante el incumplimiento de la obligación garantizada, tiene un poder de realización sobre la cosa gravada, y de esta manera satisfacer su interés (O'Callaghan).

En el Código se contemplan tres clases de garantías reales en función de la naturaleza de los bienes afectados. La prenda es el derecho real de garantía apto para los bienes muebles, y lleva implícita la pérdida de posesión por el deudor; la hipoteca lo es para los inmuebles, y en ella el desplazamiento de la posesión se sustituye por la publicidad registral de su constitución; finalmente, la anticresis se configura como derecho que otorga al acreedor la facultad de percepción de los frutos de un inmueble para imputarlos a los intereses y al principal debidos (Díez-Picazo y Gullón).

El sistema del Código Civil presenta el inconveniente de que al girar en torno a la posesión de la cosa dada en garantía no es suficiente para fomentar el desarrollo del crédito; al menos en el caso concreto de la prenda que al basarse en la desposesión del deudor, le priva de instrumentos útiles de producción con los que obtener dinero para pagar sus deudas (Díez-Picazo y Gullón). De ahí que se haya abandonado como elemento determinante en las garantías, el carácter mueble o inmueble del objeto, para ser sustituido por su posibilidad de identificación, de forma que el acreedor los pueda perseguir aunque hayan salido del patrimonio del constituyente de dichas garantías. Al mismo tiempo, y en paralelo con la hipoteca sobre inmuebles, la identificación hace posible una publicidad registral de la constitución de las garantías (Díez-Picazo y Gullón).

Surgen así las nuevas figuras de la hipoteca mobiliaria, para los bienes muebles identificables, y la prenda sin desplazamiento para los que presentan

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

inconvenientes de identificación. En ambas situaciones la publicidad registral es un complemento indispensable (Díez-Picazo y Gullón).

1.2. Naturaleza jurídica de las garantías reales

Este es un tema discutido por la doctrina, para un sector de la misma las garantía reales son verdaderos derechos reales, aun cuando falten en ellas algunas de las notas propias de todo derecho real (Díez-Picazo y Gullón).

La inmediatividad falta en la *prenda* y en la *hipoteca*, puesto que el titular de la garantía carece de un poder directo e inmediato sobre el bien. Solo se da en la anticresis puesto que el acreedor entra en posesión del inmueble y tiene el goce del mismo, aplicando los frutos y productos a la amortización de los intereses y el capital debido.

Por el contrario, las notas de preferencia y la oponibilidad *erga omnes* sí que están presentes en todas las garantías reales, siendo suficiente la existencia de estas dos características para afirmar la naturaleza real de las garantías, puesto que el derecho real no tiene por qué siempre atribuir un poder directo e inmediato sobre la cosa.

2. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN EL CÓDIGO

El Código Civil regula los derechos reales de garantía en el libro IV, «De las obligaciones y contratos», aun a pesar de su ubicación sistemática junto con los contratos, la doctrina mayoritaria afirma su condición de derechos reales. El Código establece una serie de disposiciones comunes para la prenda y la hipoteca, de las que destacan las siguientes características:

1. *Accesoriedad.* Las garantías son accesorias de una obligación principal, hasta el punto de que sin ella no pueden existir, y no garantizan más que a ella (*vid.* art. 1857 CC). No se puede transmitir aisladamente la garantía para asegurar otro crédito distinto, la garantía y la cosa se han de transmitir simultáneamente. La obligación garantizada puede ser pura o sujeta a condición suspensiva o resolutoria (art. 1861 CC). La Ley Hipotecaria admite incluso la garantía de obligaciones futuras mediante la hipoteca que no hay inconveniente para extenderlo a la prenda pese al silencio legal.
2. *Propiedad del bien dado en garantía. La cosa pignorada o hipotecada ha de ser propiedad del que la empeña o hipoteca.* La palabra «cosa» se entiende en sentido amplio, por lo que comprende también los «derechos», puesto que legalmente se admite la prenda e hipoteca de determinados derechos.

   Las personas que constituyan prenda o hipoteca no solo han de ser propietarios, sino que además han de tener la libre disposición de sus bienes o,

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto. Se exige la capacidad general de disposición, pues estamos ante gravámenes que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, pueden suponer la venta de la cosa dada en garantía. La constitución de prenda o hipoteca no es un acto personalísimo, ya que puede efectuarse por apoderado aunque con poder expreso (art. 1713 CC).

3. *Indivisibilidad.* El artículo 1860 CC señala la indivisibilidad de la prenda y de la hipoteca, lo que significa que se mantiene tal y como fue constituida la garantía hasta la extinción total de la obligación garantizada, con independencia de las vicisitudes que sufra el crédito o la deuda. Lo que supone que el derecho real de garantía recae sobre toda la cosa en garantía de toda la obligación (O'Callaghan).

   Ej.: en el caso de que una hipoteca garantice una deuda de 125.000 euros, el hecho de que por sucesivos pagos se vaya rebajando el débito, no significa que la hipoteca se tenga que modificar conforme lo vaya haciendo la deuda, la hipoteca se mantendrá en toda su extensión hasta la satisfacción completa de la deuda.
4. *Facultad de realización del valor (ius distrahendi).* Esta facultad, recogida en el artículo 1858 CC supone que una vez vencida e incumplida la obligación principal, pueden ser enajenadas las cosas en qué consisten la prenda o hipoteca para pagar al acreedor pignoraticio o hipotecario (Castán).
5. *Exclusión del pacto comisorio.* El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas (art. 1859 CC).
6. *Derecho de preferencia (ius prelationis).* El crédito garantizado con prenda o hipoteca otorga a su titular la facultad de cobrar antes que otros acreedores en relación con el precio obtenido, en subasta pública, de la cosa pignorada o hipotecada (Lasarte).
6. *Garantía por terceros.* La prenda o hipoteca puede ser constituida para garantizar una obligación ajena, tal como se deduce del artículo 1857 *in fine* CC: «las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar esta pignorando o hipotecando sus propios bienes» (Martínez de Aguirre). A esta figura del garante por deuda ajena se la denomina fiador real (Díez-Picazo y Gullón).

   Ej.: el padre que hipoteca una casa para garantizar un préstamo solicitado por su hijo a un banco.

3. LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

El pacto comisorio permite que el acreedor de modo automático se haga dueño de la cosa dada en garantía en caso de incumplimiento por el deudor (O'Callaghan). El Código Civil prohíbe expresamente este tipo de pacto en el artículo 1859 CC al establecer que «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»; en el artículo 1884 CC establece la misma regla para la anticresis. La jurisprudencia ha negado la validez

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

del pacto comisorio, estableciendo la nulidad de la cláusula en la que este se contempla (O'Callaghan). Así, las SSTS 10 febrero 2005 y 5 diciembre 2001.

La STS 16 mayo 2000 estima que la prohibición del pacto comisorio afecta no solo a la prenda, hipoteca o anticresis, sino también a cualquier garantía real atípica, que en todo caso tendrán que respetar las reglas fundamentales del sistema de garantías reales.

La prohibición del pacto comisorio pretende evitar situaciones de abusos. En ocasiones, el bien dado en garantía puede tener un valor muy superior a la deuda garantizada, por lo que sería injusto que el acreedor se apropiara de todo el bien en pago de la deuda. Además, se perjudica a los restantes acreedores, que tienen derecho a cobrar sobre lo que reste del valor de la garantía valor una vez que ha sido satisfecha la deuda garantizada (Martínez de Aguirre). De ahí que en los procesos sobre garantías reales sea trámite obligatorio la publicidad de la subasta, para que puedan enterarse los interesados (ej., los otros acreedores cuyos débitos no estén garantizados) en la ejecución del bien y tomar las medidas oportunas (Castán).

La prohibición del pacto comisorio supone que cuando la obligación garantizada ha vencido y no ha sido satisfecha hay que proceder a la realización de la garantía a través de los procedimientos legalmente establecidos. En el artículo 1858 CC se establece que «es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor».

Del procedimiento para la venta de los bienes sobre los que recae la garantía se ocupan la LEC en los artículos 579, 681 y ss.; la LH en el artículo 129 y ss.; el RH en los artículos 222, 223 y 224 en el caso del procedimiento ejecutivo ordinario; artículos 225 a 223 para el procedimiento judicial sumario y artículos 234 a 236 para el procedimiento ejecutivo extrajudicial.

4. LA PRENDA

4.1. Concepto

La prenda es un derecho real de garantía mobiliaria, cuya característica específica es el desplazamiento en la posesión de la cosa. Se ha definido la prenda como el «derecho real de garantía que para asegurar el cumplimiento de una obligación otorga a su titular el poder de una cosa mueble que le permite poseerla y, si se incumple aquélla, realizarla» (O'Callaghan). La cosa objeto de prenda se ha de poner en posesión del acreedor, o de un tercero de común acuerdo (art. 1863 CC). Pero el deudor sigue siendo dueño de ella hasta el cumplimiento de la obligación garantizada, en caso contrario se pasará a la realización de la garantía (art. 1869 CC).

La prenda presenta algunos inconvenientes que se derivan de la exigencia de su desplazamiento posesorio junto con la prohibición de usar la cosa pignorada (art. 1870 CC). Este es el caso de los bienes de equipo, de bienes fructíferos

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

cuando la obtención de los frutos implique su posesión y uso, o de bienes cuya utilidad depende de su posible utilización (Martínez de Aguirre).

Piénsese en un banco de tornero dado en prenda, o en el instrumental de un cirujano.

La prenda se regula en el Código Civil en los artículos 1863 a 1873 que han de completarse con las previsiones contenidas en los artículos 1857 a 1862, que constituyen las disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca (Martínez de Aguirre).

4.2. Caracteres

a) *Es un contrato real.* Este carácter proviene del hecho de que su nacimiento exige el desplazamiento posesorio. La posesión por el acreedor hace que la cosa quede sustraída a la disponibilidad del deudor, lo que le impide destruirla, deteriorarla, etc. La posesión puede ponerse en manos de un tercero, pero de forma que ni el acreedor pueda usar o utilizar la cosa, ni el deudor pedir su restitución sin haber satisfecho la obligación garantizada o sin permiso del acreedor.

b) *Accesoriedad.* Esta nota se deriva de la misma naturaleza de la garantía, pues esta nace para la seguridad de un crédito, para garantizar su cumplimiento. De ahí que el derecho real de prenda siga las vicisitudes del crédito. Su transmisión o extinción implicará la transmisión o extinción de la prenda (Martínez de Aguirre).

c) *Indivisibilidad*. La prenda es indivisible, subsistiendo hasta la completa extinción del crédito garantizado (art. 1860.1 CC). Aunque el acreedor acepte un pago parcial, el deudor no tiene derecho a una cancelación parcial de la garantía.

d) *Carácter mobiliario.* La prenda recae siempre sobre bienes muebles.

4.3. Objeto y constitución

a) *Constitución de la prenda.* La forma más frecuente de constituirse la prenda es mediante contrato, siendo esta la única forma que contempla el Código Civil (Castán). No obstante, dada su condición de derecho real, también puede constituirse por usucapión (O'Callaghan). Esta posibilidad tendría como presupuesto la existencia de un contrato de prenda falto de validez, este sería el caso de que el pignorante no fuese el verdadero propietario.

b) *Objeto de la prenda*. Según Castán, el objeto de la prenda está integrado por:

1.º *Elementos personales*. Son elementos personales de la prenda: el acreedor pignoraticio que es el titular del derecho, el acreedor en garantía de cuyo derecho se establece la prenda; el constituyente de la prenda,

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

que puede ser el deudor o un tercero, que grava su cosa con prenda para asegurar la efectividad de ese crédito.

2.º *Elementos reales.* Constituyen los elementos reales de la prenda:

1) La obligación garantizada con la prenda. En cuanto a la obligación se estará a lo dispuesto en el artículo 1861 CC, según el cual puede asegurarse toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria.
2) Las cosas dadas en prenda. Según el artículo 1864 CC, se requiere que la cosa dada en prenda sea mueble, que sea susceptible de posesión (art. 1863 CC), que esté en el comercio de las personas, y que sea enajenable (art. 1858 CC). Según Castán, no hay impedimento en que sean objeto de prenda el dinero y las cosas fungibles, así como los derechos reales y de crédito.

c) *Elementos formales*

1. Entrega de la cosa. Para que nazca la garantía real de prenda se exige, como regla general, que se ponga en posesión de la prenda al acreedor o a un tercero designado de común acuerdo (art. 1863 CC). La prenda es por lo tanto un contrato real, puesto que hasta que no se entrega la cosa no nace el contrato. Una excepción a la misma es la *prenda sin desplazamiento.* De modo que hasta que no se produzca la entrega no nace el derecho real, aunque ya exista un pacto sobre la entrega (O'Callaghan).
2. Formalidades. La prenda no está sometida a ningún requisito de forma, pero para que surta efecto frente a tercero es preciso que conste en documento público la certeza de su fecha (art. 1865 CC).

4.4. Contenido

A. Derechos del acreedor pignoraticio

El acreedor pignoraticio o prendario tiene los siguientes derechos (Lasarte):

1.º Derecho de retención de la cosa (*ius retentionis*). Es el derecho a seguir conservando la cosa mientras que el deudor no cumpla con la obligación garantizada (art. 1866 CC) y con el pago de los intereses y las expensas (art. 1871 CC).

2.º Derecho al reembolso de los gastos que hubiera realizado para conservar la cosa (art. 1867 CC).

3.º Derecho a ejercitar acciones para reclamar o defender la cosa. El artículo 1868 CC autoriza al acreedor pignoraticio a ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4.º Derecho a enajenar la cosa pignorada (*ius distrahendi*) en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Los procedimientos para la venta de la cosa pignorada pueden ser *a*) extrajudiciales: la enajenación por subasta notarial prevista por el artículo 1872 CC; si la prenda es un título valor cotizable se realiza de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio (O'Callaghan). También cabe la *datio pro solvendo* o *pro solutio*, siempre que se acuerde una vez vencida la obligación garantizada, puesto que de este modo no se considera pacto comisorio (Martínez de Aguirre). *b*) La venta judicial supone que se procederá a la subasta de acuerdo con las reglas de la LEC sobre ejecución forzosa (art. 517 y ss.), teniendo en cuenta las especialidades de la ley procesal para la ejecución de bienes pignorados.
5.º Derecho de preferencia en el cobro con respecto a otros acreedores y en relación con el precio obtenido en la subasta. Al acreedor pignoraticio se le aplican las preferencias y privilegios establecidos en los artículos 1922.2 y 1926.1 CC (Lasarte).
6.º Transmisibilidad. En principio, la prenda es transmisible junto con el crédito que garantiza, habida cuenta su carácter de derecho accesorio, así se deduce de lo establecido en el artículo 1528 para la venta o cesión de créditos (O'Callaghan).

B. Obligaciones del acreedor pignoraticio

El acreedor pignoraticio, si bien tiene la posesión de la cosa, la tiene únicamente en función de garantía del cumplimiento de la obligación principal, por lo que queda obligado a:

1.º No usar la cosa salvo autorización del propietario Si usara o abusara de la cosa pignorada el deudor podrá pedir que se constituya en depósito (art. 1870 CC). La anterior prohibición se extiende al tercero poseedor de la cosa (Martínez de Aguirre).
2.º Conservarla con la diligencia de un padre de familia (art. 1867 CC), lo que supone que responde de su pérdida y deterioro (Martínez de Aguirre).
3.º Restituirla una vez que el deudor haya cumplido totalmente la obligación garantizada (art. 1871 CC). Lo que supone el pago de la deuda, sus intereses y las expensas en su caso.

C. Derechos y obligaciones del dueño de la cosa pignorada

El deudor o constituyente de la prenda sigue siendo el dueño de la cosa hasta que no se produzca su realización por cualquiera de los procedimientos previsto (art. 1869 CC), y conserva todas las facultades dominicales, salvo la posesión. Una vez pagada la totalidad, lo que supone el pago de del principal, intereses y gastos, tiene el derecho a la restitución de la cosa dada en prenda (art. 1871 CC). El dueño de la cosa tiene derecho a que la cosa pignorada sea constituida en depósito en poder de un tercero, si el acreedor la usa sin autorización o abusa de ella (art. 1870 CC).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4.5. Extinción de la prenda

La prenda habida cuenta su naturaleza como derecho real y como obligación accesoria, según Martínez de Aguirre, se extingue como consecuencia de: 1.º por extinción de la deuda garantizada (1871 CC y 1156 CC), puesto que siendo la prenda una garantía, faltando la deuda desaparece su razón de ser; 2.º por pérdida de la cosa o por concurrir cualquier otra causa de extinción de un derecho real, aunque en cualquiera de estos casos la obligación garantizada no se extinguirá, y 3.º por renuncia del acreedor y, en general, por todas las formas de extinguirse las obligaciones.

La devolución de la prenda al deudor antes del vencimiento de la deuda se presume condonación tácita de la deuda (art. 1191 CC).

4.6. Prendas especiales

A. Prenda irregular

La prenda irregular es aquella que recae sobre *dinero* u otra *cosa fungible*. En ella hay una verdadera especialidad por razón de su objeto. En ella, una vez llegado el momento de ejecución de la garantía, el acreedor imputa a la deuda el importe del dinero o la cosa fungible recibida sin necesidad de acudir a los procedimientos legales de ejecución. En realidad no es una prenda especial, sino ordinaria, con la particularidad de que su objeto es cosa fungible como el dinero (O'Callaghan).

Si la obligación garantizada es cumplida el acreedor tendrá que devolver otro tanto del mismo género y calidad (Martínez de Aguirre).

B. Prenda sobre derechos

Aunque los derechos no son bienes muebles susceptibles de posesión, la doctrina viene admitiendo la posibilidad de pignorar los derechos reales que recaigan sobre bienes muebles susceptibles de posesión, para ello se amparan en el artículo 1868 CC que se refiere a la prenda que produce intereses. En opinión de O'Callaghan, al acreedor pignoraticio se le transmite no la posesión de la cosa, sino el poder en que consiste el derecho (*ius retentionis*) y la facultad de realizar el derecho (*ius distrahendi*).

El prototipo de prenda sobre derechos es la prenda del derecho de usufructo. En el Código también se contempla la *prenda que produce intereses*, lo que ha permitido a la doctrina afirmar que cabe la prenda sobre un crédito o la *prenda de valores*; este último supuesto está contemplado expresamente en el artículo 1872 CC.

También se admite la prenda sobre créditos (Martínez de Aguirre). En este caso, la prenda constituiría uno de los negocios antecedentes que exige toda cesión de créditos. El crédito se transmitiría al acreedor pignoraticio, notificándose al deudor del crédito empeñado dicha transmisión. La prenda de créditos o cesión del crédito en garantía, no está prevista en el Código Civil si bien ha sido admitida por el TS (entre otras, las SSTS 10 marzo

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2004 y 26 septiembre 2002). El vigente artículo 54 LHM reconoce la posibilidad de que los créditos sean objeto de prenda sin desplazamiento.
El supuesto más habitual de la prenda de créditos es la prenda de depósitos bancarios, en especial la de imposiciones a plazo fijo (Martínez de Aguirre). Ej.: un banco presta 60.000 euros a un cliente, al tiempo que como garantía se establece un prenda sobre un plazo fijo que tiene el prestatario en el mismo banco.

C. Prendas en Monte de Piedad y entidades de crédito
En el artículo 1873 CC se prevé la posibilidad de que el acreedor pignoraticio sea un *Monte de Piedad o una entidad de crédito pública o privada.* En este caso la prenda se regirá por las leyes y reglamentos especiales que les conciernan y subsidiariamente las disposiciones de este título. Se trata, pues, de una prenda especial tanto por el sujeto, el acreedor pignoraticio, como por el objeto, ya que solo puede garantizar préstamos (O'Callaghan).

5. EL DERECHO DE ANTICRESIS

5.1. Concepto y caracteres

La anticresis es el tercero de los derechos reales de garantía; puede definirse como aquella garantía de una obligación que otorga a su titular el poder sobre un inmueble del deudor que le permite retenerlo, hacer suyos los frutos y realizar su valor, en caso de incumplimiento de la obligación (O'Callaghan). La definición legal es la del artículo 1881 CC: «Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito».

El Código admite que por un tercero se constituya anticresis para garantizar una deuda ajena, o sea, el inmueble sobre el que recae tal derecho no tiene que ser en todo caso del deudor (art. 1866 en relación con el art. 1857 *in fine*).

La anticresis concede al acreedor un derecho de disfrute, que el Código Civil simboliza en la percepción de los frutos de un inmueble, para la satisfacción de su crédito; por esto debe imputarlos al pago de intereses y capital.

La anticresis, según Castán, presenta las siguientes semejanzas con la prenda y la hipoteca:

1.º Los principios de *indivisibilidad* y *accesoriedad* (art. 1886 en relación con los arts. 1860 y 1861), que no se conciben sin la existencia de una obligación principal.
2.º La posibilidad de constituirse sobre cosas propias del deudor o de un tercero extraño a la obligación principal (art. 1857 por remisión del 1886).
3.º Posibilidad de asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras o condicionales o a término (art. 1861).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La anticresis se diferencia de la prenda en que recae sobre bienes inmuebles, y de la hipoteca en que otorga el derecho a percibir los frutos.

5.2. Constitución de la anticresis

En principio, el *constituyente* de la anticresis ha de ser propietario del inmueble y debe tener poder de disposición sobre el mismo; aunque también puede serlo un tercero ajeno a la deuda. (art. 1857.3 CC).

La anticresis recae sobre *bienes inmuebles*. La doctrina matiza que ha de tratarse de «inmuebles fructíferos», pero es necesario considerar que el poder del acreedor no está limitado a percibir únicamente los frutos naturales o industriales, sino todos. De ahí que debe conceptuarse como fructífero el inmueble aunque esté, por ejemplo, arrendado. Las rentas son frutos civiles, y el acreedor anticrético los hará suyos como si en lugar de esos frutos produjera otros naturales o industriales (Díez-Picazo y Gullón).

El Código Civil no establece ningún *requisito de forma para su constitución*. Tampoco se requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad para el nacimiento de la anticresis, como sucede con la hipoteca, aunque sin la inscripción el gravamen no podrá ser opuesto frente a terceros.

5.3. Contenido de la anticresis

1. Derechos del acreedor anticrético

A. *Derecho a la retención del inmueble.* El titular del derecho de anticresis tiene derecho a poseer el inmueble hasta el total cumplimiento de la obligación garantizada, tal como lo expresa el artículo 1883.1 CC: «El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor». No obstante, el *ius retentionis* no es un derecho esencial de la anticresis tal como sucede con la prenda, puesto que el Código Civil no exige expresamente que el inmueble se ponga a disposición del acreedor. De modo que el derecho de retención puede ser suprimido en la propia constitución (O'Callaghan).
En el caso de no excluirse el *ius retentionis*, según Castán se aplicarán a la retención las mismas normas que para la prenda (art. 1866.2 CC por remisión del art. 1886). Las partes pueden acordar que la *posesión del inmueble* se desplace *a un tercero* por aplicación analógica de lo que se preceptúa en el artículo 1863 CC para la prenda (Díez-Picazo y Gullón).

B. *Derecho a la percepción de los frutos.* El acreedor anticrético hace suyos los frutos naturales o civiles del inmueble objeto de anticresis, con la obligación de aplicarlos primero al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital del crédito (art. 1881 CC). La adquisición de los frutos es el resultado de una determinada explotación del inmueble. Si esta

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

poseído por el acreedor, deben aplicarse analógicamente los criterios en cuanto al disfrute de un usufructuario (Díez-Picazo y Gullón).

C. *Realización del valor.* La anticresis, como todos los derechos reales de garantía, también comporta el derecho de realización *(ius distrahendi)*, el inmueble podrá ser vendido, si la deuda no es satisfecha dentro del plazo pactado. El acreedor anticrético tiene este poder de realización como el acreedor pignoraticio o el hipotecario (Díez-Picazo y Gullón); así se desprende de lo dispuesto en el art. 1884 *in fine* CC: «el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble». En este mismo precepto se establece en su primer párrafo la nulidad del pacto comisorio «el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido».
La venta en el caso de la anticresis, nos dice Castán, tendrá carácter judicial a diferencia de la prenda que además puede utilizar la vía extrajudicial del artículo 1872 CC (venta notarial).

D. *Derecho de preferencia sobre el precio obtenido.* Si bien el Código Civil otorga al acreedor anticrético el poder de realizar el valor del inmueble gravado, equiparándolo al resto de acreedores con garantía real, sin embargo no dice nada sobre si tendrá un derecho de preferencia frente al resto de acreedores de su deudor. Ante el silencio del artículo 1923 CC que al establecer las normas de prelación de créditos, nada dice respecto de la anticresis, la doctrina entiende que es posible la aplicación analógica del derecho de preferencia establecido en el artículo 1922.3 para el acreedor hipotecario (Díez-Picazo y Gullón).

2. Obligaciones del acreedor anticrético

El acreedor está obligado salvo pacto en contrario, en primer lugar a pagar las contribuciones y cargas que pesan sobre la finca; asimismo está obligado a hacer los gastos necesarios de conservación y de reparación. Se han de deducir de los frutos las cantidades empleadas para estos pagos (art. 1882.2 y 3 CC). Si el acreedor anticrético tiene además la posesión de la finca ha de cuidar de ella con la diligencia propia de un padre de familia y restituirla una vez que la deuda principal haya sido satisfecha (Castán).

3. Derechos del deudor o dueño de la finca

Quedan a este todos los derechos sobre la finca que sean compatibles con el derecho del acreedor anticrético, como el derecho de propiedad. En su condición de propietario puede disponer de la finca, aunque con las limitaciones que supone el derecho de anticresis (O'Callaghan), puesto que no puede readquirir el goce de la finca sin haber satisfecho totalmente su deuda (art. 1883 CC).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4. Extinción de la anticresis

La anticresis, como todo derecho real de garantía, se extingue al desaparecer la obligación garantizada. También se extingue por renuncia del titular y por la realización del valor del inmueble (Díez-Picazo y Gullón).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 15. La hipoteca (I)

1. CONCEPTO, FUENTES Y CARACTERES

1.1. Concepto

El Código Civil y la Ley Hipotecaria contienen una definición legal de la hipoteca en los artículos 1876 CC y 104 LH, cuyo contenido es coincidente: «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». Sin embargo, para la doctrina estos preceptos no definen la hipoteca, únicamente destacan su aspecto negativo, como son la afección de bienes y la accesoriedad a la obligación principal de la que depende, olvidándose de los aspectos positivos como su cualidad de derecho real, y su función de asegurar una percepción dineraria a través de la ejecución de la cosa hipotecada (Chico y Ortíz); también se olvidan de una de sus principales características: el propietario continúa con la posesión de los inmuebles hipotecados (O'Callaghan).

La hipoteca ha sido definida como el «*derecho real de realización del valor, en función de garantía de una obligación pecuniaria, de carácter accesorio e indivisible, de constitución registral, que grava bienes inmuebles, ajenos y enajenables*, que permanecen en la posesión de su propietario o titular» (Roca Sastre).

En la estructura de la hipoteca aparecen dos elementos reales (Martínez de Aguirre): 1) el préstamo o crédito hipotecario que es el que se garantiza por la hipoteca. Se trata de una obligación sometida a las reglas generales de los derechos de crédito, sin perjuicio de que su vinculación a la hipoteca le dote de unos perfiles cercanos al derecho real, y 2) el contrato de hipoteca que es el que da lugar al derecho real de hipoteca. La regulación de la hipoteca por el Código está pensada en aquella cuyo nacimiento se produce por vía contractual, sin perjuicio de que algunas hipotecas puedan nacer por otras vías, como sucede con las hipotecas legales expresas y las nacidas mediante resolución judicial o administrativa.

1.2. Fuentes legales

La hipoteca se regula por el Código bajo el epígrafe «De la hipoteca» en el capítulo III, del título XV, «De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis», del

libro IV del Código Civil. Se ocupan de esta figura los artículos 1874 a 1880 CC y los artículos 1857 a 1862 CC, si bien aquí de forma conjunta con la prenda. El artículo 1880 CC, en relación con la forma, extensión y efectos de la hipoteca, actúa como norma de remisión a la vigente Ley Hipotecaria de 1946; junto a esta ley se encuentra el Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, que ha sufrido varias reformas de cierta entidad. También tienen una extraordinaria importancia doctrinal y científica, en materia de hipoteca las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que a pesar de no constituir jurisprudencia su elevado prestigio doctrinal hace que sean tenidas en cuenta por los tribunales (Lacruz).

La hipoteca, pese a ser un derecho real, se regula en el Código Civil junto a los contratos. Sin embargo, su ubicación sistemática no otorga a la hipoteca carácter obligacional, simplemente hace referencia a que el contrato es la principal forma de constituir la hipoteca (O'Callaghan).

La regulación de la hipoteca se complementa por toda una serie de leyes especiales cuya entrada en vigor ha supuesto en ocasiones modificaciones de la LH. Estas normas se refieren en la mayoría de los casos a la formalización de las hipotecas o a aspectos procesales. Se trata de una normativa dirigida principalmente a los deudores hipotecarios que se encuentran en situaciones de especial debilidad en las que el bien hipotecado es la vivienda habitual.

Este es el caso de la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. El RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. La ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. El RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. El RD 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

1.3. Caracteres

La hipoteca se caracteriza por las siguientes notas:

A. *Es un derecho real inmobiliario.* En los artículos 1876 CC y 104 LH aparecen los caracteres de inmediatividad, al decir que sujeta «directa e inmediatamente» los bienes sobre los que se impone y de reipersecutoriedad, al poder perseguirse «cualquiera que sea su poseedor» propios de todo derecho real. Además, en el artículo 2.2 LH se califica expresamente a la hipoteca como derecho real (Lacruz). El inmueble sobre el que recae la hipoteca pasa a ser un inmueble hipotecado porque sus efectos se extienden *erga omnes* (Martínez de Aguirre).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La RDGRN de 28 de junio de 2005 (RJ 2005/5647), entre otras, califica a la hipoteca como un derecho real. Dice: «Se trata de derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado y que, en consecuencia, no podrá ser ya menoscabado por la actuación posterior del constituyente, sea esta dispositiva o de endeudamiento; el dominio del bien pignorado o hipotecado permanece ciertamente en el patrimonio del constituyente, pero con la restricción en su contenido jurídico que implica el derecho real constituido».

B. *Es un derecho real limitado en cosa ajena.* Es un derecho limitativo del dominio ajeno en relación con el *ius disponendi*: no porque el dueño no pueda disponer de la cosa gravada con la hipoteca, sino porque tiene que soportar que se disponga de ella por el titular de la hipoteca en la fase de realización de valor la misma (Lacruz).

C. *Tiene una función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria.* Este carácter accesorio o de garantía se manifiesta en los artículos 1857 y 1858 CC (comunes a la prenda y a la hipoteca), así como en el 104 LH. La hipoteca es inseparable de la obligación que garantiza y en consecuencia, produce la sujeción del inmueble hipotecado y la posibilidad de realización de su valor, mediante su venta judicial o extrajudicial.

La función de garantía de la hipoteca hace que no se trate un derecho independiente, con existencia propia sino que viene al servicio de un crédito, al que está íntimamente ligada y subordinada en su existencia, extensión y extinción (Roca Sastre). En consecuencia, la hipoteca no pueda existir con independencia del crédito garantizado (Martínez de Aguirre).

La hipoteca garantiza obligaciones dinerarias, a pesar de que los artículos 1861 CC y 105 LH establezcan que «la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones». Esto significa que, aunque la hipoteca garantice cualquier tipo de obligaciones reconocidas en el Código Civil, es indispensable que la obligación —su incumplimiento— se traduzca en dinero. Por este motivo los artículos 12 y 153 LH establecen la necesidad de que se fije «el importe de la obligación garantizada o que se determine la cantidad máxima que corresponda a la finca» (Chico y Ortíz).

D. *Es eficaz cualquiera que sea el poseedor de los bienes.* La hipoteca no coarta la facultad de disposición del dueño de la cosa. El hipotecante puede enajenar la cosa hipotecada, si bien el adquirente recibe el bien transmitido con la carga o gravamen en que consiste la hipoteca y deberá soportar, en caso de impago por el hipotecante, la realización del valor por parte del acreedor hipotecario (Díez-Picazo y Gullón).

E. *Es de constitución registral.* Para su nacimiento se exige su inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1875 CC y 145 y 149 LH). La inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 LH: «Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1.º Que se hayan constituido en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad».

Su carácter constitutivo tiene su razón de ser en que la hipoteca inmobiliaria, a diferencia de la prenda, no exige un desplazamiento posesorio del bien gravado al acreedor hipotecario, de manera que el deudor puede

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

seguir disfrutando y explotando el inmueble. La ausencia de este desplazamiento de la posesión y, por lo tanto, de un signo exterior que manifieste la constitución del gravamen, tal como sucede en la prenda, conlleva un alto grado de inseguridad y riesgo para el sistema de crédito inmobiliario. De ahí que la hipoteca se haya configurado como un derecho real de constitución registral (Blasco Gascó). En consecuencia, en nuestro sistema no caben las hipotecas ocultas (Martínez de Aguirre).

F. *La indivisibilidad de la hipoteca.* Esta nota es consecuencia de la inseparabilidad de la hipoteca con el crédito. La indivisibilidad se manifiesta en un triple aspecto (Chico y Ortiz): *a*) del lado del crédito, ya que mientras subsista parte de él se mantiene íntegra la hipoteca, incluso aunque el crédito se divida entre los herederos del acreedor (art. 1870 CC); *b*) del lado de la deuda, puesto que aunque esta se divida entre varios herederos, ninguno de ellos puede pedir la liberación de la finca mientras el total de la deuda no esté pagada, y *c*) del lado de los bienes, ya que la garantía, mientras no sea cancelada, subsiste íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada y sobre cualquier parte de los bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido (art. 122 LH) .

El principio de indivisibilidad tiene sus excepciones en los artículos 123 y 124 LH, cuando la finca se divide en dos o más, pero siempre que medie acuerdo entre acreedor y deudor.

G. *La especialidad de la hipoteca.* La nota de la especialidad se refiere tanto a los *bienes hipotecados* como al *crédito garantizado* y supone que la hipoteca solamente puede recaer sobre *bienes* especialmente determinados y por suma o cantidad asimismo determinada (Martínez de Aguirre). La razón de ser de este principio se encuentra en la protección de los adquirentes que al adquirir un bien hipotecado deben conocer la responsabilidad que asumen; o el interés de las instituciones financieras, que al otorgar nuevos créditos con nuevas hipotecas, sobre un mismo inmueble, deben conocer el alcance de las responsabilidades anteriores y preferentes (Díez-Picazo y Gullón). El principio de la especialidad o de la determinación tiene su apoyo legal en los artículos 12 y 119 LH y 216 y ss. RH (Martínez de Aguirre).

En relación con el crédito garantizado, la ley establece que las inscripciones hipotecarias habrán de expresar el importe de la obligación garantizada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado (art. 12 LH). Lo anterior no es impedimento para la admisión en nuestro sistema registral de la hipoteca de máximo, en la que es suficiente establecer la cantidad máxima con la que responde la finca hipotecada.

En cuanto a los bienes hipotecados, el artículo 119 LH y concordantes viene a establecer que cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte del gravamen del que deba responder cada una.

H. *Grava bienes inmuebles o derechos reales sobre inmuebles ajenos y enajenables* (arts. 1874 CC y 106 a 108 LH). En nuestro sistema no se admite la llamada hipoteca de propietario, si bien pueden conseguirse efectos similares con otras figuras similares como la reserva de rango (Blasco Gascó).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

I. *Es un derecho de realización de valor.* El acreedor hipotecario, en base a este derecho, puede perseguir los bienes hipotecados y ejercitar su derecho de realización del valor, aunque estos hayan pasado a manos de terceras personas. Así se desprende de los artículos 1858 CC y 129 LH, donde se establece que la acción hipotecaria podrá ejercitarse: «*a*) Directamente contra los bienes hipotecados […]. *b*) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 CC, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución…».

2. FUNCIÓN ECONÓMICA

La función económica del derecho real de hipoteca, consiste en que por su condición de derecho de garantía, se encuentra al servicio del denominado crédito territorial o inmobiliario. La hipoteca tiene una enorme importancia económica y social, en las últimas décadas ha contribuido a la generalización del crédito para la adquisición principalmente de bienes inmuebles (Martínez de Aguirre).

La hipoteca para los concedentes de crédito es la reina de las garantías, por ser la que otorga al acreedor la protección más eficaz y vigorosa, por la naturaleza de los bienes dados en garantía (inmuebles, fácilmente identificables, de imposible desaparición y en los que el valor se preserva) y por el vigor de los procedimientos para la realización de su valor (Díez-Picazo y Gullón). La hipoteca también presenta ventajas para quien recibe el crédito, puesto que le permite conseguir dinero sin tener que vender el bien, al tiempo que puede obtener rendimientos económicos del mismo (arrendamientos, uso como vivienda o local de negocio), puesto que no se produce desplazamiento posesorio en favor del acreedor hipotecario (Martínez de Aguirre).

Normalmente con hipoteca se garantizan créditos a medio y largo plazo, si bien lo más frecuente es que estos créditos se conciertan en relación con el inmueble hipotecado (ej., para pagar el piso comprado, para edificar o construir una casa, para transformar en regadío una finca, etc.) (Lacruz).

El supuesto típico de utilización de la hipoteca es el de la adquisición de una vivienda. El comprador solicita al banco un préstamo garantizado por una hipoteca sobre la vivienda que se adquiere. Si el prestatario incumple la obligación de devolver el préstamo al banco, este puede promover —judicial o extrajudicialmente— la venta de la vivienda, y cobrar la cantidad adeudada con el dinero obtenido en la venta (realización) del bien hipotecado.

3. CLASES DE HIPOTECAS

3.1. Hipotecas voluntarias y legales

Por su origen se habla de hipotecas voluntarias y legales, según vengan establecidas voluntariamente a través de negocio jurídico o se impongan directamente

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

por la ley. Ambos tipos de hipoteca aparecen contemplados en el artículo 137 LH al disponer que «Las hipotecas son voluntarias o legales». A continuación, los artículos 138 a 157 LH regulan específicamente las hipotecas voluntarias y los artículos 158 a 197 las legales.

A. Hipotecas voluntarias

Las hipotecas voluntarias aparecen definidas en el artículo 138 LH: «Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan, y solo podrán constituirlas quienes tengan la libre disposición de sus bienes, o en caso de no tenerla, se hallen autorizadas para ello con arreglo a las leyes». Por tanto, caben dos vías para constituir hipotecas voluntarias: *a*) negocial, por convenio entre las partes, y *b*) unilateral, por disposición del dueño de los bienes.

B. Hipotecas legales

Las hipotecas legales aparecen reguladas en el artículo 158 LH al decir que solo son «las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter. Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho». El término de hipoteca legal no significa que esta modalidad de hipoteca sea creada por la ley automáticamente. Lo que la norma concede es un derecho a exigir su constitución cuando se está ante el supuesto de hecho que la ley previene al efecto (Díez-Picazo y Gullón).

Las hipotecas legales, según Martínez de Aguirre, por cuanto que necesitan un específico acto constitutivo y la posterior inscripción registral (arts. 158 y 159 LH) son también expresas, y una vez inscritas y constituidas producen los idénticos efectos que las hipotecas voluntarias (art. 161 LH). Junto a las hipotecas legales expresas se encuentra otra categoría que son las denominadas hipotecas legales tácitas.

La enumeración de las hipotecas legales de la LH ha sido criticada por ser excesivamente amplia, por obsoleta al incluir supuestos que han perdido su razón de ser —como las relativas a las dotes y bienes parafernales— y por su escasa utilización (Martínez de Aguirre).

Según el artículo 168 LH:

> Tendrán derecho a exigir hipoteca legal:
>
> 1.° Las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos: *a*) Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fe de Notario. *b*) Por los parafernales que con la solemnidad anteriormente dicha hayan entregado a sus maridos. *c*) Por las donaciones que los mismos maridos les hayan prometido dentro de los límites de la ley. *d*) Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado a sus maridos con la misma solemnidad.
>
> 2.º Los reservatarios sobre los bienes de los reservistas en los casos señalados por los artículos 811, 968 y 980 del Código Civil y en cualesquiera otros comprendidos en leyes o fueros especiales.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3.º Los hijos sometidos a la patria potestad por los bienes de su propiedad usufructuados o administrados por el padre o madre que hubieran contraído segundo matrimonio, y sobre los bienes de los mismos padres.
4.º Los menores o incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren y por la responsabilidad en que incurrieren, a no ser que presten en lugar de la fianza hipotecaria otra garantía establecida y autorizada por el Código Civil.
5.º El Estado, las provincias y los pueblos, sobre los bienes de los que contraten con ellos y administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajeren éstos, de conformidad con lo establecido en las leyes y reglamentos.
6.º El Estado, sobre los bienes de los contribuyentes en los casos establecidos en esta Ley, además de la preferencia que a su favor se reconoce en el artículo 194, y
7.º Los aseguradores, sobre los bienes de los asegurados, también en los casos establecidos en esta Ley, además de la preferencia que a su favor reconoce el artículo 196.

3.2. Hipotecas expresas y tácitas

En atención a su forma de constitución las hipotecas pueden ser expresas o tácitas: *a*) Son hipotecas expresas las que han de ser inscritas en el Registro, sin este requisito no se consideran válidamente constituidas. Todas las hipotecas voluntarias son expresas, sin embargo, dentro de las legales únicamente aquellas en las que el favorecido puede exigir su constitución. *b*) En cambio, en las hipotecas tácitas no se exige su inscripción para su validez y eficacia, puesto que se establecen directamente por la ley sin necesidad de escritura e inscripción (O'Callaghan).

Para la doctrina las hipotecas legales tácitas no constituyen verdaderas hipotecas por cuanto que no existe un derecho real de garantía del que sea titular el acreedor, sino una afección real sobre un bien determinado al pago de un crédito. De modo que en caso de embargo judicial o administrativo del bien, la afección otorga una preferencia o privilegio para el cobro (Martínez de Aguirre).

Las hipotecas tácitas son contrarias a la publicidad registral, por lo que la Ley Hipotecaria de 1861 terminó con el gran número de estas hipotecas que existían entonces, muchas de las cuales además eran generales gravando todo el patrimonio del deudor. En la actualidad las hipotecas son expresas por norma general y si se reconocen hipotecas tácitas únicamente sobre bienes individualizados (Lacruz).

En nuestro ordenamiento podemos encontrar los siguientes supuestos de «hipoteca legal tácita»: el artículo 78 LGT se refiere al privilegio especial inmobiliario de que goza la administración para el cobro de algunos créditos tributarios (son aquellos a los que se refieren los arts. 194 LH, 271 RH y 1923.1 CC). Otro supuesto es el de la afección de pisos y locales en régimen de propiedad horizontal para el pago de gastos comunes previsto en el artículo 9.1.e) LH. Asimismo, la que se constituye a favor de los aseguradores sobre los bienes inmuebles asegurados cuyo dueño no ha pagado las primas del seguro de dos años y si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos (art. 195 LH), aunque este último precepto ha quedado como una cláusula de estilo, es inoperante, pues se prefiere aplicar el artículo 15 LCS (Lacruz).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3.3. Hipotecas generales y especiales

Teniendo en cuenta su objeto las hipotecas pueden ser generales y especiales. La hipoteca es especial cuando recae sobre bienes concretos y determinados, por el contrario es general cuando afecta a todos los bienes del deudor. En el derecho anterior a la LH existían las llamadas «hipotecas generales» que afectaban a todos los bienes del deudor, como la del Fisco y la que correspondía a la mujer casada por su dote. En la actualidad solamente existen «hipotecas especiales» en base del principio de especialidad que rige en esta materia (Chico y Ortiz).

3.4. Hipotecas ordinarias o de tráfico y de seguridad

Las hipotecas en atención a su contenido pueden ser hipotecas ordinarias y de seguridad. La hipoteca «ordinaria o de tráfico» es la que asegura una obligación existente y perfectamente determinada, de modo que la fe pública del Registro de la Propiedad ampara tanto la existencia del derecho real de garantía, como la existencia de la cuantía de la obligación asegurada (Lacruz).

La hipoteca «de seguridad» es la que garantiza una obligación de existencia dudosa o de garantía indeterminada, aunque determinable por encontrarse dentro de unos límites predeterminados. En este caso la fe pública registral solo cubre la existencia de la garantía real, mientras que la existencia y particularidades del crédito deberán probarse, en el momento oportuno, por medios ajenos al Registro (Lacruz).

Esta hipoteca carece de una regulación general en la Ley Hipotecaria, no obstante sí que contempla algunas de sus manifestaciones concretas: hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales; la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador; la hipoteca que sirve de caución o de fianza del buen desempeño de determinadas obligaciones (ej., la gestión del tutor respecto al patrimonio del tutelado, o la de los padres que ejercen la patria potestad y tienen ello la administración de los bienes de los menores), y la hipoteca de máximo.

3.5. Hipotecas de máximo

La hipoteca de máximo constituye la modalidad más importante de la hipoteca de seguridad; en ella el crédito asegurado está designado en sus líneas generales, estableciéndose el importe máximo a que puede alcanzar la responsabilidad hipotecaria. Así, por ejemplo se garantiza el saldo final de una cuenta de crédito hasta el límite máximo fijado en el título constitutivo de la hipoteca (Blasco Gascó). Queda asegurada la suma adeudada al acreedor pero teniendo en cuenta que puede variar constantemente, pero siempre con efectos registrales limitados al máximo fijado (O'Callaghan). En la actualidad la mayoría de las hipotecas suelen ser de seguridad y, en concreto, de máximo, con el fin de garantizar no solo el principal o capital debido, sino también los intereses moratorios

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

y remuneratorios (variables) y los demás gastos producidos por la constitución de la hipoteca o su ejecución (costas procesales) (Blasco Gascó).

3.6. Hipotecas de capital y de renta

Las hipotecas de capital garantizan el cumplimiento de una obligación de cumplimiento unitario o global. Las hipotecas de renta aseguran la obligación de hacer pagos periódicos o, como dice el artículo 157 LH, son las que pueden constituirse «en garantía de rentas o prestaciones periódicas».

3.7. Hipotecas comunes y privilegiadas

Por razón de sus efectos las hipotecas pueden ser comunes o privilegiadas. Son hipotecas comunes las que aseguran el pago de la obligación, guardando la prioridad que les corresponde según el Registro; son privilegiadas, las que se anteponen a todas las demás. Únicamente las hipotecas tácitas tienen carácter privilegiado. Las demás son comunes, rigiéndose por el principio *prior tempore potior iure* (Chico y Ortiz).

3.8. Hipoteca inversa

Esta modalidad de hipoteca está regulada por la Ley 41/2007, de Reforma del Mercado Hipotecario, en su disposición adicional primera.

La denominación de inversa proviene de que, a diferencia de la hipoteca convencional, en este caso es el titular quien recibe del banco una cantidad (por lo general mensual) a cambio del inmueble. La hipoteca inmobiliaria pretende ofrecerles un instrumento financiero a través del cual hacer líquido su patrimonio inmobiliario, a los mayores y dependiente, durante los últimos años de su vida. La hipoteca inversa permite a estas personas incrementar la renta disponible en sus últimos años de vida. Se trata de la posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado en la vivienda.

La ley define la hipoteca inversa, por referencia no a la garantía real, sino al préstamo garantizado por ella, señalando que se trata de un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituye la vivienda habitual del solicitante, cuyos requisitos son (García Garnica): *a*) que el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia; *b*) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas; *c*) que la deuda solo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios; *d*) que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario.

La ventaja de esta hipoteca es que puede seguir utilizando su vivienda hasta su fallecimiento sin perder ni su derecho de propiedad ni el uso de su vivienda. La entidad que concede la hipoteca inversa no puede exigir la devolución de la deuda acumulada mientras no fallezca su titular o el último de los beneficiarios de este sistema de crédito, según se haya establecido en el contrato.

La hipoteca inversa debe ser concedida por una entidad de crédito o una entidad aseguradora. Se exige que la tasación de la vivienda sea realizada por una sociedad independiente de tasación y asegurada contra daños.

Una vez fallecido el deudor hipotecario o el último beneficiario, corresponde a los herederos liquidar la situación con la entidad de crédito (García Garnica). Estos tienen dos opciones: *a*) cancelar totalmente el crédito hipotecario, para lo cual deberán satisfacer a la entidad de crédito la totalidad de los débitos vencidos más los intereses, sin que la entidad pueda en estos casos exigir ninguna compensación por la cancelación de la hipoteca; y *b*) en el supuesto de que los herederos no quieran, o no puedan, cancelar el crédito hipotecario, la entidad de crédito podrá ejecutar la hipoteca y resarcirse así de los débitos vencidos, con sus intereses, teniendo en cuenta que en este caso la hipoteca responde de los intereses aun cuando estos se hayan generado en plazo superior a cinco años.

3.9. Hipotecas normales y excepcionales

Por su régimen, las hipotecas son normales y excepcionales. Son hipotecas normales las que se adaptan a las condiciones típicas de la Ley Hipotecaria y del Código Civil: se constituyen mediante escritura pública, en favor de persona determinada, por cantidad precisa, con duración limitada, transmisibles por instrumento, etc. (Chico y Ortiz).

Son excepcionales o extraordinarias, aquellas en las que se modifican estas normas, en parte o totalmente. Las más importantes de ellas son la hipoteca en garantía de títulos endosables o al portador, la constituida en garantía de cuentas corrientes de crédito y las que regula la Ley del Mercado Hipotecario de 28 de marzo de 1981 modificada por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre (Chico y Ortiz).

4. ELEMENTOS PERSONALES DEL DERECHO DE HIPOTECA

4.1. El acreedor y el deudor hipotecario

Los elementos personales de la relación jurídica hipotecaria son: *a*) El acreedor hipotecario, que es el titular activo del derecho real de hipoteca, en garantía de cuyo crédito se constituye la hipoteca. Al acreedor hipotecario, si la hipoteca

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

es voluntaria, solo se le exige la capacidad general para contratar (Blasco Gascó).

b) El deudor hipotecario o constituyente, que es el sujeto pasivo de la deuda garantizada. Por lo general, el deudor del crédito garantizado suele ser el dueño de la finca hipotecada, pero en ocasiones es un tercero quien hipoteca su finca en favor del deudor de la obligación garantizada (Martínez de Aguirre).

El constituyente ha de tener la capacidad para constituir hipoteca exigida por los artículos 138 LH y 1857 CC: 1.º Que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que hipoteca. 2.º Que las personas que constituyan la hipoteca tengan capacidad de obrar y la libre disposición de sus bienes (Chico y Ortiz). La falta de capacidad del dueño de la finca podrá ser suplida por sus representantes legales (padres, tutores, representante del ausente) o voluntarios que podrán hipotecar la finca en su nombre (Martínez de Aguirre).

4.2. El constituyente no deudor

Así como la posición de acreedor hipotecario siempre coincide con la de acreedor de la obligación personal garantizada con la hipoteca, no es necesaria la coincidencia entre el deudor o sujeto pasivo de la obligación garantizada y el deudor hipotecario o «constituyente». De modo que cabe la figura del hipotecante no deudor, también conocido como «fiador real», que es aquella persona que sin ser deudor personal del acreedor hipotecario, hipoteca voluntariamente un bien de su propiedad en garantía de una deuda ajena; su responsabilidad tiene carácter real por lo que se limita al bien hipotecado.

La hipoteca constituida por un hipotecante no deudor es una hipoteca voluntaria, convenida con el acreedor aunque también puede tratarse de una hipoteca constituida unilateralmente por el dueño del bien y puede hacerse a título oneroso o gratuito (Blasco Gascó).

4.3. El tercer poseedor de la finca hipotecada

El tercer poseedor de la finca hipotecada es aquella persona que ha adquirido una finca hipotecada, por cualquier título, pero sin haberse subrogado en la obligación garantizada.[11]

A pesar de ello, cuando se ejercite la acción hipotecaria por la entidad bancaria en caso de incumplimiento del pago del préstamo hipotecario del anterior propietario, el tercer poseedor (la finca hipotecada) responderá. Esta responsabilidad es consecuencia del carácter real del derecho de hipoteca, de su oponibilidad *erga omnes*, contra quien sea su titular (Díez-Picazo y Gullón).

Ahora bien, ese tercer poseedor carece de responsabilidad universal (personal) frente al acreedor hipotecario ex artículo 1911 CC al no haberse subrogado en la obligación personal; por lo que su responsabilidad tiene como límite el valor de la finca hipotecada (responsabilidad real). En consecuencia, si el acreedor no

11. *Vid.* § 10. La transmisión de la finca hipotecada.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

obtiene satisfacción total con la realización del valor de la finca, no podrá perseguir al tercer poseedor con otro procedimiento sobres otros bienes suyos con los que cobrarse el resto. La figura del tercer poseedor solo es relevante cuando se insta la acción hipotecaria contra los bienes hipotecados, nunca cuando se ejerce la acción personal contra el deudor (Díez-Picazo y Gullón).

Ni el Código Civil ni la Ley Hipotecaria definen al tercer poseedor, si bien los artículos 38.4 y 5 LH utiliza esta expresión: «Cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor». A la figura del tercer poseedor, también se refieren otros preceptos, como el artículo 112 LH al referirse a la extensión de la hipoteca; los artículos 114 y 115 LH al referirse a los intereses asegurados; también el artículo 126 LH se refiere a su situación procesal y, finalmente, el artículo 685 LEC establece su legitimación pasiva para el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria (Martínez de Aguirre).

El tercer poseedor puede evitar la ejecución sobre la finca pagando el importe de lo adeudado, adquiriendo así un derecho de repetición contra el obligado. El tercer poseedor ha de ser requerido de pago en cualquier procedimiento bien en el procedimiento ejecutivo ordinario o en el extrajudicial (art. 235 RH).

La figura del tercer poseedor puede nacer como consecuencia de la adquisición de una finca hipotecada por cualquier título: compraventa, herencia, donación, etc. La responsabilidad del tercer poseedor nace, por ejemplo, cuando en el caso de una donación de finca hipotecada el donante deja de atender el pago del préstamo hipotecario.

5. ELEMENTOS REALES DEL DERECHO DE HIPOTECA

5.1. Objeto de la hipoteca: bienes y derechos hipotecables

Los elementos reales del derecho de hipoteca son la obligación que se garantiza con la hipoteca y la cosa gravada como garantía de la obligación (Castán). El objeto de la hipoteca se refiere a los bienes y derechos sobre los que puede recaer esta clase de garantía. Pueden ser hipotecados los bienes inmuebles susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad y los derechos reales enajenables (arts. 106 LH y 1874 CC). Estos bienes y derechos han de pertenecer siempre a persona distinta al acreedor hipotecario, puesto que no cabe una hipoteca a favor del propietario o del titular del derecho (Martínez de Aguirre).

La Ley Hipotecaria tras la manifestación genérica del artículo 106 LH establece una relación de bienes y derechos que pueden ser hipotecados (art. 107 LH) y otra de los que no lo pueden ser (art. 108). Estos listados no tienen carácter cerrando ni exhaustivo, de modo cualquier bien que encaje dentro del tenor literal del artículo 106 LH será susceptible de inscripción (Martínez de Aguirre).

A. *Bienes y derechos hipotecables*

El artículo 107 LH determina que pueden ser objeto de hipoteca los siguientes derechos:

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.º *El derecho de usufructo.* Puede hipotecarse el derecho de usufructo, pero quedará extinguida la hipoteca cuando concluya el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario (por finalizar el plazo por el que se constituyó o por muerte del usufructuario).
2.º *La mera propiedad.* En el caso de la nuda propiedad hay que tener en cuenta que esta se convertirá en plena cuando se extinga el usufructo. En este caso se prevé que «si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario».
3.º *Los bienes anteriormente hipotecados.* Los bienes que anteriormente han sido hipotecados pueden volver a ser hipotecados (art. 107.3 LH). El número de hipotecas que pude soportar una finca solamente estará condicionado por la capacidad económica que tenga la misma (Díez-Picazo y Gullón).
4.º *El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho.* En este caso se está haciendo referencia a la posibilidad de subhipotecar un bien (Martínez de Aguirre). Se trata de la hipoteca de la hipoteca (Díez-Picazo y Gullón).
5.º *Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real.* La hipoteca de la superficie estará sujeta a las limitaciones propias del derecho superficiario.
6.º *Las concesiones administrativas.* La concesión administrativa de obra pública es posible si la misma tiene la consideración de bien inmueble, lo que sucederá si recae sobre un bien de esta naturaleza (art. 334.10 CC). Es necesario contar con la autorización administrativa para poder constituir gravámenes sobre la concesión (Díez-Picazo y Gullón). La posibilidad de hipotecar concesiones administrativas también está prevista en los artículos 273 a 277 de la Ley 7/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
7.º *Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia.* Se trata de supuestos en los que el vendedor de estos bienes tiene un derecho de recuperación durante un plazo de tiempo, restituyendo el precio de la venta. En el supuesto contemplado por la ley, se parte de que la hipoteca la constituye el comprador, por lo que la hipoteca estará condicionada al derecho de recuperación del primitivo comprador (Díez-Picazo y Gullón).
8.º *El derecho de retracto convencional.* En este supuesto el constituyente de la hipoteca es un vendedor que se ha reservado un derecho de recuperación en virtud del derecho de retracto. (art. 107.8 LH) El valor económico de retracto estriba en que, mediante la devolución del precio, se recupera la cosa (Díez-Picazo y Gullón).
9.º *Los bienes litigiosos.* Pero únicamente «si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito».

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

10.º *Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas.* No obstante, quedará «extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante».
11.º *Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal.* Siempre que estén «inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º LH». En este caso se quiere indicar que cada piso o local puede hipotecarse de forma separada del resto del inmueble.
12.º *El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial.*

A la anterior relación hay que añadir la hipoteca de censos prevista en el artículo 148 LH.

B. *Bienes y derechos no hipotecables*
El artículo 108 LH establece que no podrán hipotecarse:

1. Las *servidumbres*, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada (puesto que según el art. 66 RH puede formar finca independiente). En realidad, el gravamen de la servidumbre será consecuencia siempre del gravamen del predio, por su cualidad de inseparable del mismo.
2. Los *usufructos legales*, con excepción del concedido al cónyuge viudo por el Código Civil, que hoy en día es el único subsistente en este cuerpo legal, después de las reformas operadas en el Derecho de familia por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981.
3. El *uso y la habitación.* El carácter de no hipotecables se debe a que son derechos personalísimos e intransmisibles (art. 525 CC). Al tratarse de derechos reales no enajenables no podrían hipotecarse por impedirlo el artículo 106 LH.

El artículo 108 LH no tiene carácter exhaustivo, de manera que tampoco son hipotecables los derechos sucesorios de carácter personal ni las hipotecas legales (Blasco Gascó). Tampoco son hipotecables los arrendamientos de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad puesto que no son derechos reales (Martínez de Aguirre).

C. *La pluralidad de objetos en el derecho real de hipoteca*
Nuestro ordenamiento jurídico permite que, en garantía de un solo crédito, se hipotequen varias fincas a la vez, siempre que se efectúe se exige la distribución del gravamen, es decir, la fijación de la parte de responsabilidad que deba soportar cada uno de los bienes hipotecados. El principio de especialidad registral impone la distribución, así el artículo 119 LH dice que «cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito se determinara la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder». Se excluye de esta manera lo que podría llamarse una hipoteca objetivamente solidaria, en virtud de la cual todas y cada una de las fincas de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

un mismo propietario serían indistintamente responsables de la totalidad del crédito (Blasco Gascó).

5.2. Obligaciones garantizadas con hipoteca

De acuerdo con lo establecido en los artículos 1861 CC y el 105 LH, la hipoteca puede asegurar «toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria». En los artículos 142 y 143 LH se prevé incluso la constitución de hipotecas sobre obligaciones futuras.

En un principio, la hipoteca puede garantizar tanto obligaciones de dar, como de hacer o de no hacer (Serra Rodríguez). Sin embargo, al tratarse la hipoteca un derecho de realización de valor (art. 1858 CC) exige que el crédito asegurado consista en una obligación pecuniaria. Cuando sea no pecuniaria la obligación garantizada, la hipoteca no garantiza directamente la obligación de dar, hacer o no hacer, sino que la prestación deberá traducirse en una cantidad equivalente de dinero, siendo la efectividad de su pago lo que únicamente y de una manera directa asegurará la hipoteca (Roca Sastre). Lo que asegura la hipoteca con las obligaciones no pecuniarias es su equivalente económico (Martínez de Aguirre).

La hipoteca no solo garantiza la obligación principal, sino que también puede extenderse a los intereses, costas procesales y gastos.

a) *El principal de la obligación garantizada.* La hipoteca se extiende en todo caso a la obligación principal, por lo que —en virtud del principio de especialidad— deberá constar su naturaleza y la cantidad a la que asciende la responsabilidad hipotecaria. En este sentido, el artículo 12 LH establece: «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración».
En la obligación principal puede incluirse una cláusula de estabilización de acuerdo con el artículo 219.3 RH (O'Callaghan). La hipoteca garantiza la cantidad que se haya hecho constar en el Registro de la Propiedad (Martínez de Aguirre).
En el caso de la denominada hipoteca de seguridad, en concreto la denominada de máximo, se tendrá que determinar la cantidad máxima de que responde la finca y el plazo de duración (art. 153 LH).
La LH regula diferentes modalidades de hipoteca con relación a la obligación garantizada (Martínez de Aguirre): la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición (arts. 142 y 143 LH), en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH), en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador (arts. 145 a 156 LH) y en garantía de rentas o prestaciones periódicas (art. 157 LH), la hipoteca flotante que garantiza una pluralidad de obligaciones (art. 153 bis LH) y la llamada hipoteca inversa (Disp. ad. 1.ª Ley 41/2007).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

b) *Los intereses retributivos.* Estos intereses son los que actúan como precio o retribución por el uso del dinero prestado (Martínez de Aguirre). En cuanto a los intereses, estos pueden consistir en una cantidad porcentual o relativa anual o en una cantidad absoluta y fija, pero aplazada. Si el interés es variable, puede asegurarse mediante hipoteca determinando el porcentaje máximo o una cantidad máxima asegurada, como derivación del principio de especialidad (RDGRN 26 octubre 1984 y 31 octubre 1984).

Según el artículo 114 I y II LH, «Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años».

Para que la hipoteca asegure los intereses no es suficiente con que se pacte la existencia de interés en la obligación, sino que expresamente ha de pactarse que el pago de tales intereses está garantizado por la hipoteca. Asimismo, en el Registro de la Propiedad debe constar tanto el importe de la obligación asegurada como el de los intereses (Martínez de Aguirre).

c) *Los intereses moratorios.* El pago de los intereses derivados del incumplimiento de la obligación principal no estarán garantizados por la hipoteca, salvo que se pacten expresamente, junto con el capital del principal y los intereses retributivos. En este caso la hipoteca será condicional y de máximo (Martínez de Aguirre):

En cualquier caso, constituida hipoteca sobre intereses moratorios, regirá el límite temporal del artículo 114 LH: dos y cinco años, según los casos. La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ha introducido un nuevo párrafo tercero en el artículo 114 que fija un límite sobre los intereses de demora de préstamo o de crédito para la adquisición de vivienda habitual al decir: «En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario».

No obstante, el artículo 115 LH establece que para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados de acuerdo con el artículo 114, el acreedor podrá exigir la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados.

c) *La hipoteca y las costas.* En el caso de que vencida e impagada la obligación principal e intereses, el acreedor hipotecario haya ejercitado la acción hipotecaria para la realización del valor de la finca hipotecada, se generarán toda una serie de costas procesales. La extensión de la hipoteca a las costas de un proceso judicial solo se producirá en el caso de que así se haya pactado expresamente Respecto de dicho crédito, se trata de una hipoteca

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de máximo, del género de las de seguridad, ya que en la inscripción registral de la hipoteca consta el importe máximo a que puede ascender la cantidad garantizada hipoteca (Blasco Gascó).
La deuda garantizada por la hipoteca ha de ser «de capital» o de «renta» y la cantidad asegurada con la hipoteca, según el artículo 219 RH, ha de ser determinada en moneda nacional, o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España, asimismo se permite —como ya hemos señalado— la incorporación de cláusulas de estabilización (Chico y Ortíz).

6. CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

6.1. La constitución de las hipotecas voluntarias

Las hipotecas voluntarias pueden constituirse por convenio entre las partes o por disposición unilateral del dueño de los bienes sobre los que se establezca (art. 138 LH). La hipoteca unilateral requiere además la aceptación de la persona a cuyo favor se ha inscrito (art. 141 LH). Por lo general, tanto las hipotecas voluntarias como las unilaterales se constituyen mediante contrato (Martínez de Aguirre).

Para que las hipotecas voluntarias sean válidas, deben cumplir dos requisitos de forma: deben constituirse mediante escritura pública y que esta se inscriba el Registro de la Propiedad (art. 145 LH). La inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene naturaleza constitutiva, de modo que a diferencia de la mayoría de los otros derechos reales que nacen al margen de su inscripción, la hipoteca tiene como requisito insubsanable para nacer válidamente su inscripción registral (art. 1875 CC). La falta de este requisito supone la nulidad de la hipoteca por inobservancia del requisito de forma.

6.2. La constitución de las hipotecas legales

La constitución de hipoteca legal expresa exige para quedar válidamente constituida, la inscripción del título en cuya virtud se constituya (art. 159 LH) si bien a diferencia de las voluntarias no se exige el requisito de escritura (del art. 1875 CC). Desde la inscripción produce los mismos efectos que la voluntaria sin más especialidades que las expresamente determinadas por la Ley Hipotecaria (art. 161 LH). Las personas facultadas para exigir la constitución de la hipoteca legal podrán exigir dicha hipoteca sobre cualesquiera inmuebles o derechos reales de que pueda disponer el obligado a prestarla (art. 160 LH), si bien aquella —según Blasco Gascó— deberá de concretarse sobre uno o varios bienes y además conviniendo en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno (art. 162 *in fine* LH).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Las hipotecas legales tácitas, por el contrario, no precisan acto alguno de constitución ni de inscripción en el Registro de la Propiedad, puesto que se constituyen automáticamente (Blasco Gascó).

6.3. La constitución unilateral de la hipoteca

El artículo 138 LH permite la constitución de hipoteca por acto unilateral del dueño de los bienes, si bien el artículo 141 LH exige la aceptación de la persona a cuyo favor se establezca. La aceptación se hará constar en el Registro mediante nota marginal y cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la hipoteca (Díez-Picazo y Gullón).

Según la doctrina de la DGRN, este tipo de hipoteca existe desde su inscripción, sin perjuicio de que para su eficacia sea indispensable su inscripción (R. 22-abril-1996).

De acuerdo con Albaladejo, nos encontramos ante una expectativa de hipoteca, de modo que la voluntad del dueño crea una situación jurídica, inscrita registralmente, que puede convertirse en hipoteca si hay posterior aceptación. La inscripción de la hipoteca unilateral produce los siguientes efectos (Díez-Picazo y Gullón): 1.º La hipoteca unilateral goza de rango registral a los efectos del principio de prioridad desde el momento en que es inscrita (la aceptación produce efectos retroactivos). 2.º Permite la actuación del principio de legitimación en el sentido de presumir su existencia como gravamen.

7. EXTENSIÓN OBJETIVA DEL DERECHO DE HIPOTECA

La hipoteca por ser un derecho real de carácter inmobiliario y tener por objeto un bien de naturaleza inmueble, en principio solo comprende la finca o derecho sobre el que se ha constituido que serán objeto de realización si la obligación garantizada se incumple. No obstante, el bien hipotecado no tiene carácter estático sino que puede sufrir toda una serie de vicisitudes con posterioridad a su constitución bien por acciones del hombre bien por obra de la naturaleza, tales como accesiones, mejoras, intereses (Díez-Picazo y Gullón). La figura de la «extensión de la hipoteca» trata de resolver cómo las vicisitudes que sufra el bien hipotecado van a afectar a la hipoteca (Serra Rodríguez).

Las reglas relativas a la extensión la hipoteca se encuentran los artículos 109 a 113 LH que han sido agrupados por la doctrina bajo tres supuestos:

A. Extensión legal de la hipoteca. Quedan sujetos a la hipoteca constituida sobre una finca:

1.º La finca en toda su extensión, lo que incluye las edificaciones preexistentes en la misma (STS 21 marzo 1997).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.º Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. En caso de que estos bienes pudieran retirarse no se entenderán incluidos en la hipoteca (art. 111.1 LH). Tampoco se incluyen los frutos (art. 111.2 LH).
Según Martínez de Aguirre, la hipoteca también se extiende a las servidumbres prediales constituidas a su favor (art. 534 CC), a la copropiedad sobre los elementos comunes que corresponde al propietario de un piso o local en régimen de propiedad horizontal (art. 3 LH) e incluso al aprovechamiento urbanístico de la finca hipotecada.

3.º Las accesiones naturales y mejoras experimentadas por la finca (arts. 109 y 110 LH). En este caso se trata de supuestos que aun no siendo mencionados en el contrato la hipoteca se extiende, de forma natural, a ellos (Serra Rodríguez). Así, el artículo 109 LH dice que la hipoteca «se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados». En el artículo 110.2 LH se describen las mejoras «nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere». Asimismo, en el artículo 110.2 se incluye dentro de la hipoteca: «2.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de estos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública».
Díez-Picazo y Gullón señalan que la LH se refiere a la construcción de edificios después de la constitución de la hipoteca, por lo que si existieren antes, aunque no estuviesen inscritos, podrán declararse como obra nueva e hipotecarlos a continuación en la misma escritura pública (R. 6 febrero de 1986).

B. Extensión convencional de la hipoteca. En el artículo 111 LH se establece una relación de bienes que no se comprenden dentro de la hipoteca: esta no se extiende a los bienes muebles, frutos y rentas del bien hipotecado. No obstante, en ese mismo precepto se admite que «por pacto expreso o disposición legal en contrario» esos bienes se incluyan en la hipoteca. Es habitual en las hipotecas la inclusión de cláusulas en este sentido.

C. Extensión de la hipoteca frente al tercer poseedor (arts. 112 y 113 LH). Cuando la finca pasa a manos de un tercero que la ha adquirido del constituyente de la hipoteca, y no asume la obligación garantizada, las reglas sobre la extensión de la hipoteca experimentan las siguientes modificaciones en su favor:

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.º La denominada «extensión natural» de la hipoteca, en el caso de transmisión de la finca a un tercer poseedor, no será extensiva a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que se hayan costeado por el nuevo dueño (art. 112 LH).
2.º La «extensión convencional» de la hipoteca tampoco alcanza a los muebles permanentemente colocados en los edificios costeados por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo (art. 112 LH).

Si la hipoteca se ejecuta, es evidente que todo aquello a lo cual no se extiende no debe entrar en la ejecución, permaneciendo en propiedad del tercer poseedor (Díez-Picazo y Gullón). Para lo cual se aplicará lo dispuesto en el artículo 113 LH donde se establece que «el dueño de las accesiones o mejoras que no se entienden hipotecadas en virtud del art. 112 LH podrá exigir su importe en todo caso o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiere hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca».

8. LA AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA

Ante el impago de los intereses vencidos no prescritos, la LH permite al acreedor hipotecario, además del ejercicio de la acción real hipotecaria y de la acción personal, la llamada *ampliación de la hipoteca* en los siguientes términos:

a) Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos, dice el artículo 115 LH, (y tampoco prescritos) no garantizados conforme al artículo 114 LH, el acreedor puede exigir del deudor una ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados, la cual no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad (Blasco Gascó).
b) Si la finca hipotecada no pertenece al deudor el acreedor no puede exigir la citada ampliación de la hipoteca, pero puede ejercitar igual derecho respecto de cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados (art. 115 LH).

La ampliación de la hipoteca también procede, si bien únicamente dentro del ámbito de las hipotecas legales, en el supuesto del artículo 163 LH: «En cualquier tiempo en que llegaren a ser insuficientes las hipotecas legales inscritas podrán reclamar su ampliación o deberán pedirla los que, con arreglo a esta Ley, tengan respectivamente el derecho o la obligación de exigirlas y de calificar su suficiencia».

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

9. EL PACTO DE RESPONSABILIDAD A LOS BIENES HIPOTECADOS

En el artículo 1911 CC se establece el principio de responsabilidad patrimonial universal, según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros. En la hipoteca nos encontramos ante dos tipos de responsabilidades; en primer lugar, ante una *responsabilidad real*, que es la que recae sobre los bienes singulares y determinados en el contrato de hipoteca, y la *responsabilidad personal* (art. 1911 CC), nacida de la deuda garantizada con la hipoteca y cuyas características son la de recaer sobre todo el patrimonio del deudor.

Ambos tipos de responsabilidad son perfectamente compatibles, a tenor de lo establecido en el artículo 105 LH, de modo que el acreedor hipotecario para hacer efectivo el importe de su deuda tiene dos posibilidades, ejercitar la *acción personal* contra todo el patrimonio del deudor o ejercitar la *acción hipotecaria* sobre los bienes hipotecados, aunque estos hayan pasado a manos de un tercero.

En el artículo 140 LH se contiene una excepción a lo dispuesto en el artículo 105: se admite la posibilidad de que en la escritura de constitución de hipoteca voluntaria se pacte que la obligación garantizada se haga efectiva únicamente sobre los bienes hipotecados. En este supuesto la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, en virtud del préstamo hipotecario, quedan limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzará a los demás bienes del patrimonio del deudor. Este tipo de hipoteca se denomina hipoteca de responsabilidad limitada (Serra Rodríguez).

10. LA TRANSMISIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA

10.1. Transmisión de la finca hipotecada y tercer poseedor

Una de las ventajas de la hipoteca es que el bien hipotecado continúa dentro del tráfico jurídico y económico, sin perjuicio de la garantía hipotecaria: el propietario del bien hipotecado puede transmitirlo a un tercero sin que por ello se altere la garantía hipotecaria. Por otra parte, la publicidad registral garantiza que los adquirentes del bien puedan conocer la existencia de la hipoteca antes de comprarlo (Martínez de Aguirre).

El hecho de que la afección real que supone la hipoteca no resulte alterada por la transmisión, supone un riesgo para quien compre la finca hipotecada, puesto que si el hipotecante no paga el crédito garantizado, el acreedor hipotecario (la entidad bancaria, por lo general) podrá ejercitar la acción real hipotecaria, y la consiguiente realización de valor sobre el inmueble aunque este haya cambiado de propietario.

La transmisión de la finca hipotecada supone que el comprador adquiere un bien hipotecado que continúa afecto a las consecuencias del posible

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

incumplimiento de la obligación garantizada, con independencia de que el nuevo adquirente haya asumido o no la obligación garantizada.

La transmisión de la hipoteca admite dos configuraciones distintas según que el nuevo adquirente se subrogue o no en la obligación garantizada (por lo general, el préstamo hipotecario). Estas dos modalidades de transmisión de la finca hipotecada están recogidas en el artículo 118 LH que distingue entre: *a*) el adquirente de la finca hipotecada que asume la deuda garantizada por la hipoteca, y *b*) el adquirente que no asume la obligación garantizada.

Aunque el artículo 118 LH se refiere a la compraventa de finca hipotecada, la doctrina entiende que puede referirse a cualquier tipo de enajenación onerosa, como la permuta, incluso a las enajenaciones a título gratuito (Martínez de Aguirre).

10.2. Transmisión de la finca hipotecada con subrogación en la obligación garantizada

En el artículo 118.1 LH se contempla el supuesto de venta de finca hipotecada en el que «el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito». En este caso, siempre que se cuente con el consentimiento del banco acreedor, el antiguo deudor hipotecario desaparece totalmente de la relación hipotecaria: queda totalmente liberado de sus obligaciones. En adelante, en caso de incumplimiento el acreedor hipotecario podrá interponer contra el nuevo propietario tanto la acción hipotecaria como la acción personal. El anterior propietario ya no puede ser objeto de la acción hipotecaria, por el mero hecho de la transmisión de la finca hipotecada. Tampoco cabe la acción personal contra el transmitente, puesto que el nuevo adquirente ha asumido su deuda con la entidad crediticia, se ha convertido en el nuevo deudor.

En el supuesto descrito en el artículo 118.1, el nuevo adquirente se subrogue en la hipoteca que tenía el anterior propietario, lo que exige el consentimiento de la entidad bancaria que concedió el préstamo hipotecario. En la realidad, también cabe el pacto con un nuevo banco que concede un préstamo al adquirente. En una misma operación se compra la finca hipotecada, se cancela la antigua hipoteca, con la liberación del antiguo propietario, y se establece una nueva hipoteca sobre el inmueble comprado.

10.3. Transmisión de la finca hipotecada sin subrogación en la obligación garantizada

La segunda posibilidad de compraventa de una finca gravada con hipoteca es la prevista en el artículo 118.2 LH: «Si no se hubiere pactado la transmisión

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de la obligación garantizada, pero el comprador hubiese descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado».

En este supuesto el comprador obtiene una rebaja en el precio del inmueble por el equivalente al valor de la hipoteca. Entre las partes suele pactarse que el importe del descuento se destine por el comprador al pago de la deuda. En este caso, a diferencia del anterior, no existe una asunción de deuda en la que el acreedor consienta, sino una promesa de atender al pago de la deuda, lo que no produce efectos liberatorios para el vendedor.

El artículo 118.2 LH prevé el supuesto de que el comprador no cumpla con lo pactado y finalmente sea el vendedor el que termine pagando al acreedor hipotecario (el banco). En este supuesto el vendedor quedará subrogado en la posición de la entidad bancaria hasta que el comprador de la finca le reintegre el importe de lo descontado. Se trata así de evitar el enriquecimiento injustificado del comprador (Martínez de Aguirre).

El vendedor, para hacer uso de la posibilidad que le concede el artículo 118.2 LH, tiene que dejar constancia de su pago en el Registro de la Propiedad mediante «el acta de entrega o la escritura de carta de pago en que el vendedor manifiesta que hace uso de dicha subrogación» (art. 230 RH).

El adquirente que no se subroga en la obligación garantizada, se trata de un «tercer poseedor de la fina hipotecada» de modo que si el vendedor, ante el incumplimiento del comprador tampoco atiende la obligación garantizada, el acreedor hipoteca podrá ejercitar la «acción hipotecaria» contra la finca hipotecada y la «acción personal» contra el vendedor.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 15. La hipoteca (II)

1. LAS FASES DE LA HIPOTECA

Dentro de la relación jurídica hipotecaria hay que distinguir dos fases.

1.1. Fase de seguridad

La primera fase de la hipoteca es la denominada de seguridad o cautela, que comienza al quedar constituida la hipoteca y termina con la fase de realización de valor. Dentro de esta fase la hipoteca únicamente tiene carácter y eficacia cautelar a los efectos de que, en su caso, puede desarrollarse la fase de realización del valor (Martínez de Aguirre). En esa fase la hipoteca entraña un gravamen o carga real, esta con su rango provoca un estado de vinculación actual en la finca o derecho real inmobiliario hipotecado con plena eficacia *erga omnes* (Roca Sastre).

En esta situación de garantía inmediata la hipoteca produce ciertos efectos reflejos o derivados como:

a) La concesión de la acción de deterioro o devastación a favor del acreedor hipotecario para la conservación del valor en cambio del bien hipotecado (art. 117 LH).
b) La ampliación de las hipotecas legales cuando en cualquier tiempo llegaren a ser insuficientes (art. 163 LH).
c) La extensión de la hipoteca a los incrementos, elementos accesorios y subrogados de la cosa gravada (art. 109 LH y ss.).
d) El derecho del acreedor hipotecario a consentir la distribución de la responsabilidad hipotecaria cuando la finca se divida en dos o más (arts. 123 y 125 LH).
e) El derecho de abstención y ejecución separada en los procedimientos concursales.
f) La posibilidad de que al acreedor hipotecario se le reconozca judicialmente la existencia de su hipoteca mediante el ejercicio de la acción declaratoria o de constatación de la misma (*actio confesoria utilis*).
g) Finalmente, el derecho de hipoteca es susceptible de enajenación y gravamen, y también de posposición y renuncia.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.2. La fase de realización de valor de la hipoteca

La fase de realización o de ejecución, se inicia a partir del incumplimiento del deudor y consiste en la realización o venta, de la finca hipotecada (Martínez de Aguirre). El derecho real de hipoteca tiene efectividad ejecutiva cuando tiene lugar el impago de la deuda garantizada en la fecha de su vencimiento (en ocasiones el impago de uno o varios de los plazos del crédito garantizado provoca el vencimiento anticipado de todo el crédito). El incumplimiento de la obligación principal hace que entre en funcionamiento la denominada acción hipotecaria para lograr el importe del débito asegurado, a través de la realización de valor de la finca o derecho hipotecado. En el caso de existir sobrante, este se repartirá entre los acreedores hipotecarios posteriores y en el caso de quedar todavía algún residuo, se indemnizará a los titulares de derechos, cargas o gravámenes constituidos sobre la finca afectada, y en último lugar, de acuerdo con el artículo 692.1 LEC, en caso de quedar algún remanente se entregará al propietario ejecutado (Roca Sastre).

2. DERECHOS DEL ACREEDOR ANTES DEL VENCIMIENTO DE LA HIPOTECA

El acreedor hipotecario es titular de un derecho subjetivo de naturaleza real que le confiere las siguientes facultades: conservación del valor de los bienes hipotecados, derechos de preferencia y de prioridad y el derecho a la cesión de los créditos hipotecarios.

2.1. Facultades de conservación del valor de los bienes hipotecados

La hipoteca es un derecho de realización en el que no se produce desplazamiento posesorio del bien hipotecado a favor del acreedor hipotecario. Como el bien hipotecado permanece hasta el momento de la realización en poder del hipotecante, el acreedor corre el riesgo de que aquel disminuya el valor del bien mediante una conducta perjudicial, de modo que llegado el momento de la realización del bien gravado se verían mermadas las posibilidades de cobro (Díez-Picazo y Gullón).

El acreedor hipotecario dispone de los siguientes medios para evitar que se produzca ninguna disminución en el valor del objeto hipotecado:

a) La acción de devastación

El artículo 117 LH concede al acreedor hipotecario la denominada acción de devastación, en el caso de que la finca se deteriore, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño. Esta acción faculta al acreedor para solicitar al

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

juez que ordene a aquel que haga o no haga lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si el propietario insiste en su conducta perjudicial, el juez puede poner el inmueble bajo administración judicial (Díez-Picazo y Gullón).

b) El vencimiento anticipado del crédito de origen legal

Otra vía de protección de la garantía hipotecaria es el vencimiento anticipado del crédito, que aparece regulado en el artículo 1129.3 CC, según el cual el deudor perderá el derecho a utilizar el plazo, es decir, que la deuda vencerá anticipadamente, si el deudor no sustituye inmediatamente las garantías disminuidas (por actos propios) o desaparecidas (por caso fortuito) por otras nuevas e igualmente seguras (Montés Penadés).

c) El vencimiento anticipado de origen convencional

En los contratos de préstamo hipotecario son muy frecuentes las cláusulas de vencimiento anticipado (Martínez de Aguirre). Las más usadas son las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una parte del capital o de los intereses garantizadas por la hipoteca. No obstante, el artículo 693 LEC (reformado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social) exige una deuda mínima para el vencimiento anticipado de lo adeudado por capital o intereses: «2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución». En el caso descrito se efectuará la ejecución hipotecaria sobre toda la deuda pendiente de pago.

d) Otras vías de protección de la garantía

El acreedor hipotecario también dispone de las siguientes medidas (Montés Penadés):

1.º El principio de indivisibilidad de la hipoteca (art. 122 LH).
2.º La posibilidad del acreedor hipotecario de solicitar la ampliación de la hipoteca legal (art. 163 LH).
3.º Derechos dentro de los procedimientos concursales. Los acreedores con garantía real que antes de la declaración de concurso hubieran ejercitado sus acciones, según Montés Penadés, podrán ejercitarlas en pieza separada de modo que su crédito quedará desvinculado de la masa (art. 57

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

LC); además, por lo general no estarán sujetos a lo que se acuerde en los diferentes convenios salvo que hubieran votado a favor de la propuesta (art. 134.2 LC). Finalmente, el pago de los créditos con privilegio especial —como la hipoteca— se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, con independencia de que la ejecución sea separada o colectiva (art. 155.1 LC), sin perjuicio de que la Administración concursal opte por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos.

2.2. Los derechos de preferencia y de prioridad

a) La preferencia del crédito hipotecario

El privilegio ha sido definido como la cualidad o facultad de un crédito, establecida por ley, para ser pagado con preferencia a otro, sobre los bienes del deudor o sobre alguno de ellos en particular (Albaladejo). Los créditos hipotecarios anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad gozan de preferencia (art. 1923.4 CC). La doctrina se refiere a estos créditos como *singularmente privilegiados.*

b) La prioridad y el rango hipotecario

Un problema diferente al de la preferencia o privilegio es el de la relación existente entre los diferentes acreedores hipotecarios, puesto que el propietario de un inmueble puede constituir varias hipotecas sobre el mismo. Para establecer el orden de prioridad entre las diferentes hipotecas se acude a la regla *prior tempore potior iure*, que viene a decir que el primero en el tiempo tiene un derecho más fuerte. Así pues la fecha que determina la prioridad registral es la de la inscripción de la hipoteca en el Registro y no la de la escritura de constitución. La prioridad afecta a las hipotecas en el sentido de que las más antiguas tienen preferencia sobre las más modernas (Díez-Picazo y Gullón).

El criterio de prioridad determina el rango, que consiste en el puesto o lugar que ocupa cada una de las diversas hipotecas que concurren sobre un determinado bien. El rango tiene gran importancia, puesto que una vez ejecutada la primera hipoteca las restantes se extinguen. Aunque sobre el remanente del precio obtenido en la ejecución los acreedores posteriores al ejecutante pueden —al menos teóricamente— cobrar (Montés Penadés).

Los acreedores hipotecarios, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar y alterar entre ellos la alteración del rango de sus hipotecas sin que para ello sea necesario el consentimiento del propietario del bien hipotecado (Montés Penadés). Los pactos más habituales en relación con el rango son:

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.º La permuta de rango: dos acreedores hipotecarios intercambian los rangos hipotecarios de sus respectivas hipotecas ya inscritas. En el supuesto de que los rangos no sean correlativos (ej., hipoteca 1.ª y 3.ª) habrá que contar con el acuerdo de la hipoteca intermedia.

2.º La posposición de rango: es un acuerdo en virtud del cual el titular de una hipoteca ya inscrita cede el rango a una posterior que se constituirá, es decir, todavía no inscrita, la cual gozaría de un rango posterior de no existir la posposición (art. 241 RH).

3.º La reserva de rango: es una especie de posposición de rango formulada en la propia escritura de hipoteca (antes de la inscripción de la hipoteca que se pospondrá). Es una especie de hipoteca de propietario habida cuenta que se reserva un determinado rango en favor de una hipoteca futura, es decir, aún no constituida.

2.3. La cesión de créditos hipotecarios

En nuestro ordenamiento jurídico se prevén dos vías para cambiar de acreedor hipotecario durante la denominada fase de seguridad. Uno a instancia del propio acreedor y otro a instancia del deudor hipotecario.

a) Cambio de acreedor por cesión del crédito hipotecario

La cesión del crédito hipotecario, así como la hipoteca que lo garantiza, puede efectuarse al amparo de lo establecido en los artículos 1112 y 1878 CC y del principio de accesoriedad ex artículo 1528 CC (Martínez de Aguirre). Además, en el artículo 149 LH se prevé expresamente la cesión del crédito hipotecario: «El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad». El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente. No será necesario el consentimiento del deudor para la cesión (Montés Penadés).

b) Cambio de acreedor por subrogación en la deuda

En el polo opuesto a la cesión del crédito hipotecario se encuentra la subrogación, que consiste en la posibilidad de sustituir al antiguo acreedor hipotecario por otro nuevo, sin que tampoco sea necesario por el consentimiento del primero. La subrogación se encuentra regulada en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, cuya finalidad es que el deudor pueda beneficiarse de las bajadas de interés en el mercado hipotecario (Díez-Picazo y Gullón).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Desde el punto de vista del acreedor hipotecario (entidad financiera) está se ve obligada a ceder su crédito a otra entidad financiera a instancia del deudor. Esta nueva entidad propone un nuevo préstamo hipotecario al deudor, este lo acepta y con su importe se paga al inicial acreedor hipotecario. Esta cesión de crédito al estar impuesta por la ley conlleva a que el primer acreedor hipotecario no pueda oponerse a ella. (O'Callaghan).

Ej.: quien haya pactado una hipoteca con un banco con un tipo de interés del 6 %, en virtud de esta ley podrá mediante la subrogación sustituir al primer banco por otro que le ofrezca un interés del 4,5 %.

3. LA ACCIÓN REAL Y LA ACCIÓN PERSONAL EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En la relación jurídica crédito-hipotecaria hay que distinguir dos elementos: el crédito y la hipoteca con carácter accesorio respecto del otro (Roca Sastre). De modo que el acreedor hipotecario, en cuanto titular del «crédito hipotecario», goza de una doble titularidad activa: es titular del derecho de crédito (el crédito garantizado mediante la hipoteca) y es titular del derecho real de hipoteca que garantiza el cumplimiento de la obligación o la satisfacción del crédito (Blasco Gascó). Del derecho de crédito deriva la responsabilidad personal, patrimonial y universal del deudor que establece el artículo 1911 CC; del derecho real de hipoteca deriva la responsabilidad real y concreta contra la finca o fincas sujetas por el gravamen hipotecario. Ambas responsabilidades no se excluyen puesto que el artículo 105 LH establece que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC (Blasco Gascó). Por lo general, ambas responsabilidades van juntas, pero en ocasiones, como sucede con el caso de la venta de un bien hipotecado, se produce la escisión de las mismas.

Lo anterior supone que una vez vencido el crédito, si el deudor no lo satisface, el acreedor hipotecario dispone de dos posibilidades de actuación: en primer lugar, puede ejercitar el derecho de realización del valor a través de la enajenación del objeto gravado, para obtener con su importe la cantidad que le es debida (art. 1858 CC), ejercitando la denominada «acción real hipotecaria» que puede ejercitarse a través de una variedad de procedimientos de ejecución. En segundo lugar, el acreedor puede optar por la efectividad del crédito mediante la correspondiente «acción personal», que conduce a la realización dineraria sobre los bienes del patrimonio del deudor (art. 1911 CC).

Las principales diferencias entre los dos tipos de acciones son:

a) La acción personal se ejercita, a través del correspondiente procedimiento declarativo o ejecutivo, contra el deudor del crédito garantizado, y en su caso, fiadores o avalistas del mismo, o contra todo su patrimonio ya en vía de ejecución. La acción hipotecaria se dirige, mediante un procedimiento (judicial o extrajudicial) de apremio, contra los bienes hipotecados, lo que exige dirigir la acción contra quien fuere su titular registral al tiempo de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

expedirse la certificación registral que ha de aportarse al proceso. De ahí que la acción real pueda ejercitarse con el deudor-hipotecante o, en su caso, contra el hipotecante no deudor («fiador real») o contra el «tercer poseedor» de la finca hipoteca si esta se hubiera transmitido una vez constituida la hipoteca (Blasco Gascó).

b) La acción personal puede dirigirse contra cualquiera de los bienes del patrimonio del deudor (art. 1911 CC), aunque haya de cumplirse el orden marcado por el artículo 592 LEC. La acción real hipotecaria, de acuerdo con el art. 129 LH se desenvuelve, única y exclusivamente sobre los bienes especialmente hipotecados (con independencia de su titular en el momento de ejercitarse esta acción) (Roca Sastre).

c) La acción real hipotecaria prescribe a los veinte años (arts. 1964 CC y 128 LH) y la acción personal prescribe a los cinco años (art. 1964 CC).

4. LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA

En el caso de que el crédito garantizado con la hipoteca no sea satisfecho, el acreedor podrá realizar el valor del inmueble hipotecado a través de los procedimientos legalmente establecidos en la LEC. En principio, el acreedor hipotecario puede elegir libremente entre la acción personal y la hipotecaria, puesto que ninguna de ellas goza de preferencia en su ejercicio (Blasco Gascó).

En el caso de optarse por la acción real, nuevamente tiene libertad de elección entre varios procedimientos, puesto que el artículo 129 LH, tras su reforma por la vigente LEC, permite ejercitar la acción hipotecaria directamente contra los bienes hipotecados a través del procedimiento especial que regula o mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado si así se ha pactado previamente en la escritura de constitución (Díez- Picazo y Gullón).

a) Ejercicio de la acción personal

El acreedor dispone de la vía ordinaria a través del procedimiento verbal; aunque como la escritura de hipoteca es un título que lleva aparejada la ejecución también dispone del correspondiente procedimiento ejecutivo (arts. 517.1.4.ª y 538 LEC y ss.) (Blasco Gascó). Este procedimiento, al estar basado en la responsabilidad patrimonial ex artículo 1911, no le ofrece al acreedor ninguna preferencia de cobro sobre los bienes del deudor, ni tan siquiera sobre el bien hipotecado (Martínez de Aguirre).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

b) Ejercicio de la acción hipotecaria

El acreedor hipotecario como titular del derecho real de hipoteca puede ejercitar la acción hipotecaria contra el bien hipotecado y obtener la realización de su valor. En la nueva redacción del artículo 129 LH (por la Ley 5/2019), se mantienen dos vías para la realización del valor de la cosa hipotecada.

1.º Procedimiento ejecutivo judicial

En este caso, el artículo 129 LH remite a lo establecido en la LEC, libro III, título IV («De la ejecución dineraria»), con las especialidades de su capítulo V («De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados»). El procedimiento especial de ejecución hipotecaria se regula en el artículo 681 LEC y ss.

El artículo 682 LEC (modificado por la Ley 1/2003) establece los requisitos para el ejercicio de la acción hipotecaria:

> 1) Que la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda. 2) 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. 2.º Que, en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. También podrá fijarse una dirección electrónica a los efectos de las notificaciones electrónica (modificado por la Ley 19/2015).

En el artículo 685 LEC se establecen los requisitos que ha de cumplir la demanda ejecutiva y que documentos han de acompañarla. La demanda ejecutiva tendrá que dirigirse «frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes (art. 685.1 LEC). La demanda se acompañará por el título o títulos de crédito y otros documentos previstos en el artículo 573 LEC (entre otros, el documento que exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor). Una vez presentada la demanda ejecutiva el juez dictará auto en el que autorizará y despachará la ejecución, requiriendo de pago a todos los demandados (salvo que se haya efectuado requerimiento de pago extrajudicial).

El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo (art. 130 LH).

En la LEC, según Blasco Gascó, se prevén tres formas distintas para la realización del valor del bien hipotecado a través del ejercicio de la acción hipotecaria (art. 691.5 LEC):

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1. La realización del valor del bien inmueble hipotecado se efectuará en pública subasta, regulada en los artículos 655 a 680 y 691 y 692, y que debe considerarse como el procedimiento ordinario de apremio, en defecto de los otros dos siguientes.
2. La realización mediante convenio, entre ejecutante y ejecutado regulada en los artículos 691.5 y 640 LEC: «1. El ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución podrán pedir al Secretario judicial responsable de la misma que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución».
3. La realización mediante persona o entidad especializada, a que se refiere el artículo 641 LEC: «1. A petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante y cuando las características del bien embargado así lo aconsejen, el Secretario judicial responsable de la ejecución podrá acordar, mediante diligencia de ordenación, que el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes y en quien concurran los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate».

La LEC contempla una forma de satisfacción del crédito del acreedor hipotecario que, aunque regulada en sede de ejecución hipotecaria en subasta pública judicial (art. 692 LEC), no supone la realización del valor del bien en venta, sino en uso y percepción de frutos. Es la llamada administración forzosa (arts. 676 y ss. y 692 LEC), según Blasco Gascó.
La realización del valor del bien hipotecado a través de los procedimientos previstos por la ley permite la obtención de un precio. En el artículo 692 LEC se regula el «pago del crédito hipotecario y la aplicación del sobrante». En el primer párrafo de este precepto se establece que: «El precio del remate se destinará a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado».
En el caso de que el precio obtenido en el remate no fuera suficiente para cubrir la deuda con el acreedor hipotecario, subsistirá a disposición del acreedor la acción personal derivada del derecho de crédito (art. 1911 CC). En este apartado es donde se había querido introducir la famosa «dación en pago» de modo que una vez realizado el valor del bien hipotecado este no fuere suficiente para pagar la acreedor hipotecario que se tuviese por extinguida la responsabilidad patrimonial universal.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.º Procedimiento ejecutivo extrajudicial

La legislación hipotecaria concede al acreedor hipotecario la posibilidad de realización de su garantía mediante un procedimiento ajeno a la vía judicial, de ahí su nombre de procedimiento extrajudicial. Este procedimiento se encuentra regulado en el artículo 129 LH (modificado por la Ley 5/2019), y los artículos 234 a 236 RH.
El artículo 129.2 LH autoriza que se pueda pactar en la escritura de constitución de la hipoteca la venta extrajudicial del inmueble hipotecado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1858 CC, *siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca solo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada* (Díez- Picazo y Gullón).
Los requisitos para que se pueda proceder a la venta extrajudicial, están recogidos en el artículo 129 LH, que ha sufrido importantes reformas en los últimos años, entre ellas las de la Ley 5/2019. De manera sintetizada son los siguientes:

a) El valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa […].
b) Se hará constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.
c) La venta extrajudicial solo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114 […] .
d) La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. […].
f) Si el Notario considera que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de las partes. Si alguna de las partes plantea demanda judicial por el carácter abusivo de aquellas cláusulas el Notario suspenderá la venta extrajudicial hasta el fallo.
g) Una vez concluido el procedimiento, el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

5. EXTINCIÓN Y CANCELACIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

5.1. Extinción de la hipoteca

La hipoteca en su doble condición de derecho real y de obligación accesoria de garantía puede extinguirse, por la extinción de la obligación garantizada, por la concurrencia de alguna de las causas de extinción de los derechos reales en general o de la hipoteca en concreto (Montés Penadés).

a) Por la extinción del crédito cuyo cumplimiento o satisfacción garantiza; este, a su vez se extingue por *causas de extinción de las obligaciones* (art. 1156 y ss. CC). Esta es una manifestación del carácter accesorio de la hipoteca puesto que no puede subsistir sin la existencia del crédito. Para que la extinción de la obligación garantizada produzca efectos contra terceros tendrá que hacerse constar en el Registro de la Propiedad.

b) Por la extinción del derecho real en que consiste la propia hipoteca; así pues se extinguirá por las *mismas causas de extinción de los derechos reales*: destrucción del bien dado en garantía inmobiliaria, expropiación forzosa, consolidación, condonación o remisión de la hipoteca, resolución o extinción del derecho del constituyente, ineficacia invalidez del contrato constitutivo de la hipoteca, etc.

c) Por extinguirse la hipoteca por causas específicas del derecho real de hipoteca; este es el caso de la ejecución de la hipoteca en caso de incumplimiento de la obligación asegurada. O por ejecución de otra hipoteca preferente o el acuerdo extintivo entre el acreedor y el tercer poseedor (Martínez de Aguirre).

5.2. La cancelación de la hipoteca

La hipoteca es un derecho real de constitución registral, por lo que su extinción deberá de ser acompañada por el preceptivo asiento de cancelación en el Registro de la Propiedad (arts. 79.2 y 144 LH). Si la extinción es parcial la cancelación también habrá de ser parcial (art. 80 LH).

Frecuentemente sucede que se haya extinguido la hipoteca en la realidad extrarregistral y que, sin embargo, permanezca la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, es decir, continúe la constancia registral de la hipoteca porque no se ha practicado (solicitado) el correspondiente asiento de cancelación. En este caso la cancelación no surtirá efecto frente a terceros (Díez-Picazo y Gullón).

La importancia de la cancelación se desprende del artículo 76 LH, el cual dice con carácter general que las inscripciones, en cuanto a terceros, no se extinguen sino por su cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

derecho real inscrito en favor de otra persona. Asimismo, la existencia de una hipoteca no cancelada desincentiva a los posibles compradores de la finca.

La cancelación tendrá que practicarse mediante escritura pública de cancelación en la que conste el consentimiento del acreedor hipotecario o por sentencia firme (arts. 82 LH y 179 RH). En caso de extinción de la hipoteca si el acreedor hipotecario se opone a proceder a la cancelación, de acuerdo con el artículo 82.3 LH el propietario de la finca podrá recurrir al juicio ordinario que corresponda (Martínez de Aguirre).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 16. Hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento

1. CONCEPTO Y ANTECEDENTES DE LA HIPOTECA MOBILIARIA Y LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento son derechos reales de garantía y de realización de valor, constituidos sobre bienes muebles. Se caracterizan por no implicar desplazamiento posesorio del bien, igual que sucede con la hipoteca inmobiliaria. El desplazamiento posesorio es sustituido por la constancia registral del bien (Martínez de Aguirre).

Estas figuras surgen porque la configuración de los derechos reales de garantía tal como aparece en el Código Civil, basada principalmente en la división entre bienes muebles e inmuebles había quedado desfasada por dos circunstancias (Lasarte):

1.º La prenda es una institución antieconómica, un procedimiento empleado solo para el pequeño crédito, a todas luces insuficiente en la actual coyuntura económica. Además, al paralizar elementos de trabajo y de producción, está disminuyendo la capacidad económica del deudor y con ello la posibilidad de cumplir con sus obligaciones.

2.º La modificación de la importancia económica de los bienes con independencia de su carácter de bien mueble o inmueble. Tradicionalmente, solo fueron valiosos los inmuebles y, por lo tanto, los únicos tenidos en cuenta para dinamizar el denominado crédito *territorial o inmobiliario.* Desde mediados del siglo XX con frecuencia el valor de la maquinaria industrial o agrícola supera el del inmueble en el que se hallen afectos (ej., este es el caso de un local comercial en el que hay un moderno taller reparación de automóviles, cuya maquinaria puede superar con creces el valor del inmueble).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El anterior proceso ha tenido como consecuencia la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión, de 16 de diciembre de 1954 (en adelante LHM), que ha permitido la creación de prendas sobre bienes que no requerían el desplazamiento posesorio e hipotecas sobre bienes muebles (Díez-Picazo y Gullón). Esta ley ha sido desarrolla por el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento.

Esta ley ha sido modificada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

La LHM después de dedicar una serie de normas comunes a la Hipoteca Mobiliaria y a la Prenda sin desplazamiento regula específicamente cada una de las hipotecas mobiliarias sobre los bienes que enumera como aptos para soportar tal gravamen, así como la prenda sin desplazamiento. Finalmente, regula el registro en el que se han de inscribir estas garantías.

Según la disposición adicional tercera de la LHM la legislación hipotecaria será supletoria de primer grado, puesto que se aplicará con carácter subsidiario. Así pues, el Código Civil será la disposición supletoria de segundo grado de acuerdo con la disposición general de su artículo 4.3.

2. DISPOSICIONES COMUNES A AMBAS FORMAS DE GARANTÍA

En el título primero de la Ley de la Hipoteca Mobiliaria se encuentran una serie de preceptos comunes a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento (arts. 1 a 11 LHM) en las que se establece los siguientes puntos comunes:

1) Solo puede constituirse aquellas garantías reales sobre los bienes enajenables que expresamente se mencionan en la ley. Los bienes objetos de garantía han de ser enajenables y solo puede hipotecarse o pignorarse la plena propiedad de los mismos, no cuotas indivisas ni derechos de usufructo sobre las mismas (art. 1.2 LHM).
2) Puede constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados […], así como sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho (art. 2 LHM).
3) El precio de los bienes hipotecados o pignorados ha de estar totalmente satisfecho.
4) Estas garantías reales pueden recaer sobre cualquier clase de obligación, el artículo 7 LHM admite que puedan constituirse en garantía de cuentas corrientes de crédito o de letras de cambio, con los requisitos que se

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

establecen en los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria (Martínez de Aguirre).

5) Han de constituirse mediante *escritura pública* e inscribirse en el Registro de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento de la posesión creado por la propia ley. La prenda sin desplazamiento podrá también constituirse mediante póliza intervenida por *Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado*, cuando se trate de operaciones bancarias o se refiera a cualquiera de los supuestos comprendidos en el artículo 93 del Código de Comercio (art. 3.2 LHM). La inscripción tiene carácter constitutivo (STS 3 febrero 1993). El derecho real de prenda sin desplazamiento o la hipoteca mobiliaria no nacen hasta el momento de la inscripción (Martínez de Aguirre). El Registro especial de gravámenes está regulado en los artículos 67 a 80 de la Ley, depende del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado y está a cargo de los Registradores de la Propiedad.
6) Los bienes gravados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento no pueden enajenarse por el deudor sin el consentimiento del acreedor (art. 4 LHM).
7) El crédito garantizado puede ser objeto de cesión parcial o total, siempre que se haga en documento público con los requisitos de los artículos 149 y 151 LH.
8) El acreedor hipotecario o pignoraticio gozará para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1922.2 y 1926.1 del Código Civil, dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales. En caso de concurso, la preferencia y prelación del acreedor hipotecario o pignoraticio se regirán por lo establecido en la Ley Concursal (art. 10).
9) Las acciones derivadas de las garantías reales mobiliarias prescribirán a los tres años, a contar desde que pudieron ser legalmente ejercitadas (art. 11 LHM).
10) La legislación hipotecaria tiene carácter supletorio de la LHM (disposción adicional 3.ª LHM).

Sin perjuicio de los procedimientos establecidos en la LEC, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento regula un procedimiento especial el extrajudicial ante Notario (arts. 94 y 95).

3. LA HIPOTECA MOBILIARIA

3.1. Concepto y reglas generales

La hipoteca mobiliaria es un derecho real accesorio de garantía, de realización de valor que, sin desplazamiento posesorio y mediante inscripción registral, sujeta directa e inmediatamente los bienes muebles sobre los que se impone

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (López Beltrán de Heredia).

En el artículo 12 LHM se enumeran taxativamente aquellos bienes que pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria. Este precepto está presidido por el criterio de que esos bienes son fácilmente identificables. Según el artículo citado, podrán ser hipotecados: «1. Los establecimientos mercantiles. 2. Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril de propiedad particular. 3. Las aeronaves. 4. La maquinaria industrial. 5. La propiedad intelectual y la industrial».

El artículo 12 LHM termina con dos prohibiciones: no podrá hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria ni los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento, que a su vez son objeto de enumeración taxativa en los artículos 52 a 54 LHM.

La hipoteca mobiliaria ha de constituirse en escritura pública que tendrá el contenido exigido por el artículo 13 LHM, referidas a la identificación del acreedor, el deudor y el dueño de los bienes hipotecados. La descripción pormenorizada de los bienes que se hipotequen, a los fines de identificarlos o individualizarlos, y la constancia en la propia escritura del título de adquisición de los mismos. Así como el importe, en moneda nacional, del principal garantizado, plazo para su devolución, tipo de interés si se pactare y cantidad que se señale para costas y gastos.

La hipoteca mobiliaria puede recaer sobre varios objetos pero también impone la obligación de distribuir entre todos ellos la responsabilidad real (art. 14 LHM).

La hipoteca mobiliaria sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 16 LHM).

3.2. La conservación de los bienes hipotecados

El hipotecante conservará los bienes hipotecados, principales y accesorios, con la diligencia de un buen padre de familia, haciendo en ellos cuantas reparaciones y reposiciones fueren menester (art. 17 LHM). La depreciación de los bienes hipotecados, excepto cuando provenga de caso fortuito, da derecho al acreedor para pedir la intervención judicial de la administración de los mismos (art. 18 LHM). La LHM hace aquí una aplicación de la acción de devastación de modo similar a como lo hace el artículo 117 LH (López Beltrán de Heredia).

3.3. Modalidades de hipoteca mobiliaria

La LHM contempla diferentes modalidades de hipoteca mobiliaria en función del objeto hipotecado (Martínez de Aguirre). Se regula la hipoteca de establecimientos mercantiles (arts. 19 a 33), de automóviles y otros vehículos a motor, tranvías y vagones de ferrocarril de propiedad particular (arts. 34 a 37), de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

aeronaves (arts. 38 a 41), de maquinaria industrial (arts. 42 a 44) y de propiedad intelectual e industrial (arts. 45 a 51).

De entre todas estas modalidades de hipoteca la que más utilizada en la práctica ha sido la de maquinaria industrial, seguida de la hipoteca de automóviles y vehículos a motor y la de establecimientos mercantiles (Martínez de Aguirre).

4. LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA POSESIÓN

4.1. Concepto

La prenda sin desplazamiento es un derecho real accesorio de garantía que sujeta un bien mueble que permanece en posesión del propietario, al cumplimiento de una obligación evaluable en dinero (Cano Tello). La inscripción de este derecho en el Registro permite que los muebles ajenos, muebles ajenos que, situados en un lugar determinado, continúan en poder de su dueño en concepto de depósito. La prenda sin desplazamiento de la posesión, es una garantía que recae sobre las cosas muebles no susceptibles de hipoteca mobiliaria, por su imperfecta identificación registral, han de permanecer situadas en un lugar determinado, en poder de su dueño y en concepto de depósito, de tal forma que incumplida la obligación asegurada, el acreedor pueda proceder a su venta y cobrarse con su precio (Castán).

La falta de desplazamiento posesorio, esencial en la prenda sin desplazamiento, se sustituye por la consideración del pignorante como depositario, aunque lo sea de cosa de su propiedad, con todos los efectos legales que ello implica, tanto civiles como criminales (Díez-Picazo y Gullón).

4.2. Objeto

La prenda sin desplazamiento únicamente puede recaer sobre aquellos bienes muebles enajenables enumerados taxativamente en los artículos 52 a 54 de la LHM (y que no se encuentren descritos en el art. 12 LHM: relación de bienes objeto de hipoteca mobiliaria): Prenda sin desplazamiento agrícola (art. 52 LHM).

a) *Prenda sin desplazamiento agrícola.* Los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias podrán constituirla sobre los siguientes bienes: 1) Los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato. 2) Los frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuvieren almacenados (al constituirse la garantía), se determinará el lugar en que hubieren de depositarse. Con ello se autoriza al deudor pignorante para el traslado de los frutos o productos

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

a este último lugar. 3) Los animales, así como sus crías y productos. 4) Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones.

b) Prenda sin desplazamiento sobre maquinaria y demás bienes muebles identificables (art. 53.1 LHM) por sus características propias, como marca y número de fabricación , modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos por el artículo 42 LHM, es decir, que no concurran directamente a las necesidades de explotación de una industria.

c) Prenda sin desplazamiento sobre objetos de valor histórico y artístico (cuadros, esculturas, etc.) bien individualmente o en colección (art. 54 LHM).

d) Créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas (art. 54.2 LHM).

e) Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros (art. 54.2 LHM).

No cabe la prenda sin desplazamiento sobre los bienes que puedan ser objeto de hipoteca mobiliaria o que estuvieran hipotecados de acuerdo al artículo 111 LH. Tampoco cabe la prenda ordinaria sobre bienes sujetos a prenda sin desplazamiento (Martínez de Aguirre).

4.3. Requisitos formales

La prenda sin desplazamiento han de constituirse mediante *escritura pública* e inscribirse en el Registro de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento de la posesión creado por la propia ley. La prenda sin desplazamiento podrá también constituirse mediante póliza (art. 3 LHM).

La escritura o póliza de prenda sin desplazamiento de la posesión, además de las circunstancias generales habrá de contener las circunstancias del art. 57 LH (Lasarte):

1.º Descripción de los bienes que se pignoran, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que contribuyan a individualizarlos o identificarlos.
2.º Determinación, en su caso, del inmueble en que se situaren esos bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito.
3.º La obligación del dueño de conservarlos y de tenerlos a disposición del acreedor, para que este pueda, en cualquier momento, inspeccionarlos y comprobar la existencia y estado de los mismos, en la forma pactada o, en su defecto, conforme al artículo 63 LH.
4.º Los seguros concertados, con referencia a la póliza correspondiente.

En la prenda sin desplazamiento este es sustituido (Martínez de Aguirre): 1) por la inscripción en el Registro de Bienes Muebles (art. 3 LHM); 2) por la consideración como depositario de los bienes pignorados (art. 57 LHM); 3) por el

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

señalamiento del lugar en que debe encontrarse la cosa pignorada (art. 57.2), del que no podrán ser trasladados sin consentimiento del acreedor (art. 60 LHM).

4.4. Contenido

a) Derechos y obligaciones del constituyente

La LHM no solo establece la ficción del depósito de cosa propia como garantía de los derechos del acreedor, sino que se obliga al constituyente de la prenda sin desplazamiento a una serie de comportamientos con la misma finalidad, y se dan unas facultades al acreedor para la comprobación de su cumplimiento. Por eso el constituyente de la prenda sin desplazamiento está obligado:

1. A usar los bienes sin menoscabo de su valor (art. 59.1 LHM).
2. A no trasladar los bienes del lugar en que se encuentran, según la escritura o póliza de constitución de la prenda sin desplazamiento (art. 60 LHM).
3. A realizar las expensas o gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes pignorados (art. 61 LHM).
4. A no hacer mal uso de los bienes pignorados, en ese caso el acreedor podrá exigir la devolución de la cantidad adecuada o la inmediata venta de la prenda. Su pérdida o deterioro dará derecho a la indemnización correspondiente, exigible a los responsables del daño y, en su caso, a la entidad aseguradora (art. 62 LHM).

b) Derechos y obligaciones del acreedor

1. El acreedor podrá comprobar la existencia de los bienes pignorados e inspeccionar su estado (art. 63 LHM).
2. En el caso de abandono de los bienes pignorados se entiende vencida la obligación, y podrá el acreedor encargarse de la conservación, administración y, en su caso, de la recolección de dichos bienes, bajo su exclusiva responsabilidad, del modo y forma pactados en la escritura o póliza de constitución de la prenda (art. 64 LHM).
3. Cuando el deudor, con consentimiento del acreedor, decidiere vender, en todo o en parte, los bienes pignorados, tendrá el último derecho preferente para adquirirlos por dación en pago, siempre que el precio convenido para esa proyectada venta fuere inferior al total importe del crédito, y quedará subsistente por la diferencia (art. 65 LHM).

El deudor tiene derecho a devolver en cualquier tiempo el crédito e intereses (art. 58). El dueño tendrá la consideración de depositario pero podrá utilizar los bienes sin menoscabo de su valor (art. 59).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4.5. Extinción

La LHM no contiene ninguna disposición relativa a la extinción de la prenda sin desplazamiento, únicamente se establece un plazo de caducidad como ocurre en la hipoteca mobiliaria, en la que se prevé que las inscripción se cancelaran de oficio o a instancia de parte, una vez transcurridos tres años contados a partir de la fecha de vencimiento de la obligación garantizada.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 17. Los derechos reales de adquisición preferente

1. CONCEPTO Y NATURALEZA

1.1. Concepto

En el Código los derechos de adquisición preferente no aparecen regulados como una categoría general sino que esta se ha construido a partir de los derechos de tanteo, retracto y opción (Pérez Álvarez). Los derechos de adquisición confieren a la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica (arrendatario, colindante, etc.) la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderla, o cuando ya la ha enajenado a un tercero, respectivamente (Díez-Picazo y Gullón).

La doctrina engloba estos derechos dentro de la discutida categoría de derechos subjetivos potestativos, que consiste en que queda en manos del interesado el provocar la adquisición de la cosa (Albaladejo).

Ej.: el titular de un derecho de opción, únicamente adquirirá la cosa, si esa es su voluntad, dentro del período de vigencia de ese derecho y en caso contrario, si no quiere no la adquirirá.

El titular de estos derechos puede hacerlos efectivos, no solo contra el propietario o la persona a quien esta la ha enajenado, sino también frente a los sucesivos adquirentes. Esta eficacia frente a terceros (*erga omnes)* ha hecho que un sector de la doctrina —entre ellos Albaladejo— piense que nos hallamos frente a auténticos derechos reales; para otro sector, no se consideran derechos reales, puesto que no otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa (Díez-Picazo y Gullón).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.2. Naturaleza jurídica

La doctrina científica y jurisprudencial discrepa a la hora de determinar la naturaleza personal o real de estos derechos.

La doctrina mayoritaria está a favor de su carácter real: *a*) en ellos concurren las notas de oponibilidad y eficacia *erga omnes*, puesto que pueden ejercitarse contra cualquier tercero (Pérez Álvarez); *b*) son reales limitativos del dominio en cuanto que afectan a la facultad de disposición del propietario. *c*) por la remisión a la LH efectuada por los artículos 1510 (para el retracto convencional) y 1537 CC, así como la posibilidad de inscribir la opción de compra ex artículo 14 RH (Blasco Gascó). Esta es la postura seguida por la jurisprudencia.

La STS 5 diciembre 1981(RJ 1981/5048) establece que «el derecho de retracto legal si bien es de naturaleza real y como tal susceptible de producir efectos "erga omnes", no cabe identificarle con el dominio».

En contra de su carácter real, se dice que carecen de las notas de absolutividad e inmediatividad propias de todo derecho real y que el tanteo y el retracto están regulados en el libro IV del CC «Obligaciones y contratos». No obstante, su naturaleza dependerá del concepto que se tenga de derecho real, si este concepto descansa sobre las ideas de señorío inmediato y directo (absolutividad e inmediatividad,) no se trata de un derecho real, sí que son conceptuables como derechos reales (Díez-Picazo y Gullón).

2. CLASES

2.1. Opción

a) Concepto

La opción es un derecho potestativo de origen convencional en cuya virtud uno de los sujetos (optante) se reserva la facultad de adquirir, durante un determinado plazo, un determinado bien perteneciente a otro (promitente o concedente) por el precio y las condiciones estipulados. El concedente o promitente queda obligado, para el caso de ejercicio positivo de la opción en tiempo y forma a la venta y entrega de la cosa a cambio de precio. Asimismo, queda obligado a no enajenar a otro la cosa mientras no transcurra el plazo de la opción (Peña).

El ejercicio de la opción lo constituye la declaración del optante, que es unilateral y recepticia y desde el momento en que el concedente tiene conocimiento, el contrato de compraventa queda perfeccionado y obliga al promitente vendedor sin que sea preciso su consentimiento (Díez-Picazo y Gullón). En principio, la opción es intransmisible sin consentimiento del promitente, pues supone la transmisión de una posición contractual y ello no es posible sin el consentimiento del otro contratante (Díez-Picazo y Gullón).

En la opción, a diferencia del tanteo y del retracto, no es necesario que se haya realizado o esté en proyecto una enajenación a favor de un tercero (Albaladejo).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El derecho de opción puede derivar, de un contrato (llamado contrato de opción) o de una cláusula o estipulación contenida en otro contrato, por ejemplo, de arrendamiento (llamada pacto de opción).

La opción carece de regulación en el Código Civil y solamente encontramos referencia a la misma en el artículo 14 RH: «Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible […]».

b) Inscripción y ejercicio del derecho de opción

En el caso de que el concedente no haya respetado su obligación y haya transmitido a un tercero el bien sobre el que recaía el derecho de opción, el optante solamente tendrá derecho a exigir del transmitente la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

Sin embargo, si la opción se inscribe en el Registro de la Propiedad, el concedente podrá dirigirse contra el tercer adquirente y hacer efectivo su derecho de opción (Díez-Picazo y Gullón).

Algún sector dice que la inscripción de la opción otorga eficacia real a la opción y por ello que es oponible frente a terceros (Pérez Álvarez). Los requisitos, para poder proceder a la inscripción del contrato o pacto de opción (art. 14 RH), además de las circunstancias necesarias para la inscripción, son los siguientes:

1. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.
2. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.
3. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

Si se trata de un arrendamiento con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo del arrendamiento, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, legal o tácita, del contrato de arrendamiento.

2.2. El tanteo

a) El tanteo es el derecho o la facultad que atribuye a su titular la posibilidad de adquirir una cosa «antes» de ser enajenada a otro, pagando el precio —pagando el *tanto*— de ahí el nombre de la figura que este daría. El tanteo siempre opera antes de la enajenación proyectada y el titular del mismo puede adquirir el bien con las mismas condiciones proyectadas por el titular del bien cuando este ha decidido enajenarlo (Blasco Gascó).

El tanteo para poder ser ejercitado requiere la colaboración del transmitente de la cosa que tendrá que advertir al titular del tanteo de su intención de transmitir la cosa (Pérez Álvarez). El tanteo limita el *ius disponedi* del propietario, pues ya no es libre de vender a quien quiera (Díez-Picazo y Gullón).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Ej.: A propietario proyecta vender su finca a B, en unas determinadas condiciones, pero C titular del derecho de tanteo sobre la misma tiene la facultad de exigir a A que se la venda en las mismas condiciones en que iba a ofrecérsela a B.

2.3. El retracto

a) Concepto

El retracto concede al retrayente una facultad de opción para que adquiera un bien en las mismas condiciones en que se transmitió a un tercer adquirente (el retraído). El derecho de retracto faculta a su titular para adquirir la cosa sobre el que recae «después» de haber sido enajenada a un tercero a diferencia del tanteo que concede ese facultad «antes» de la transmisión (Díez-Picazo y Gullón). El derecho de retracto puede tener origen convencional o legal, el retracto legal puede ir precedido de un derecho tanteo, aunque en ocasiones la ley configura el retracto de modo autónomo desligado de cualquier tanteo previo (Pérez Álvarez).

b) La conversión del tanteo en retracto

En el caso de que el propietario de la cosa, violando el derecho de tanteo, la enajene a un tercero sin notificarlo previamente al titular del tanteo, este puede hacer que la misma se le transmita privando de la misma a su nuevo adquirente a través del retracto (Albaladejo). Este supuesto se conoce con el nombre de «conversión» del tanteo en retracto (Pérez Álvarez).

2.4. Los retractos y tanteos legales

La única regulación que con carácter general se hace en el Código Civil de un derecho de adquisición preferente es la del retracto legal. El Código Civil proporciona un concepto legal de retracto en el artículo 1521: «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago».

El Código dedica una sección a regular el retracto legal, artículos 1521 a 1536, en sede de compraventa —título IV del libro IV—. Dentro de esta sección regula el retracto de comuneros (art. 1522.1) y el retracto de colindantes (art. 1523.1 y 2). El Código también regula, en otras ubicaciones, el retracto de coherederos (art. 1067) y el tanteo y retracto en la enfiteusis (art. 1631.1) y en el censo a primeras cepas. Finalmente, los artículos 1535 y 1536 regulan el denominado «retracto de créditos litigiosos» (Pérez Álvarez).

Los requisitos para su aplicabilidad son (Saldaña Hernández):

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1) Un contrato perfeccionado y consumado de venta o dación en pago. Así, la jurisprudencia se inclina hacia una interpretación restrictiva del retracto legal al ser limitativa del dominio: no procede cuando lo adquirido lo haya sido por permuta (STS 7 junio 1985), por título hereditario o por renta vitalicia, si bien hay que entender también incluidas las ventas judiciales realizadas en subasta pública (SSTS 14 mayo 2004 [RJ 2004/2758] y 22 abril 1992 [RJ 1992/3320]).
2) La venta o dación en pago puede recaer sobre cualquier cosa, sea bien mueble o inmueble, e incluso sobre derechos.
3) Que una disposición legal atribuya a un tercero ajeno a la venta la facultad de subrogare en el lugar del que adquiere la cosa.
4) Que la subrogación se efectúe con idénticas circunstancias a las estipuladas en el contrato, de modo que el primitivo comprador quede en condiciones similares a las que tenía antes de suscribir el contrato y de ahí el derecho a reingresar no solo el precio pagado sino también cuantos gastos se le ocasionaron por razón del contrato.

Los retractos legales parten de la existencia de una determinada relación jurídica de copropiedad, arrendamiento o enfiteusis, y por razones de interés público se concede al sujeto afectado por estas situaciones —copropietario, arrendatario, dueño directo o útil— la facultad de adquirir la cosa o derecho que ha sido objeto de enajenación —cuota de la copropiedad, vivienda alquilada, el dominio directo o el útil— (Pérez Álvarez). Algunos retractos legales están precedidos de tanteos, asimismo legales, puesto que la razón de ser del retracto es la de actuar como complemento del tanteo violado.

El supuesto clásico de violación del tanteo consiste, bien en omitir la notificación o bien en indicar que la venta va a realizarse por un precio; no se ejercita el tanteo y después la venta se hace por un precio inferior.

La ley en determinadas ocasiones ofrece a la misma persona un derecho de tanteo y otro de retracto de forma cumulativa, como sucede en el caso de la enfiteusis (arts. 1637 y 1638 CC) (Albaladejo). Es decir, que el interesado, una vez notificado de la enajenación proyectada, puede tantear o si lo prefiere puede esperarse a que se consuma la enajenación y luego puede retraer.

En otros casos, la concesión de ambas figuras tiene carácter excluyente, se concede un derecho de tanteo y subsidiariamente un derecho de retracto. Este es el caso de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 25.2 y 3 LAU).

No es indispensable que el titular del retracto tenga también el tanteo de forma cumulativa o subsidiaria; así pues, en numerosos supuestos legales se concede exclusivamente un derecho de retracto y no de tanteo. En el artículo 1522 CC se atribuye en el caso de que uno de los copropietarios enajene su parte de en la cosa común a un extraño un derecho de retracto al resto de comuneros, derecho que no es precedido de ningún tanteo (Pérez Álvarez).

En cambio, el titular del tanteo es siempre titular del retracto, cuando el primer derecho ha sido violado (Díez-Picazo y Gullón).

Los tanteos y retractos legales no necesitan de inscripción registral, puesto que la publicidad que les otorga la ley hace que tengan eficacia legal y puedan

oponerse contra el tercero que haya inscrito sus derechos, tal como se especifica en el artículo 37 LH (Pérez Álvarez).

2.5. Los retractos y tanteos voluntarios

Al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) es lícito que las partes puedan constituir tanteos y retractos convencionales que tengan la misma estructura que los legales (Pérez Álvarez).

Un problema que suscitan ambas figuras es el de su eficacia frente a terceros y la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. Este último problema se liga con el del *numerus apertus* o *numerus clausus* de los derechos reales a efectos registrales. Es admisible su inscripción si el tanteo o el retracto convencional se acoplan, en su estructura, a cualquiera de los tanteos y retractos legales, es decir que se señala el tiempo de duración de los derechos de tanteo y retracto, forma de su desenvolvimiento o ejercicio, y el precio que haya de pagar el que tantea o retracta en función siempre del que ofrezca el tercero (Díez-Picazo y Gullón).

2.6. El retracto convencional

Junto a los casos analizados de tanteos o retractos voluntarios, el Código Civil regula el denominado retracto convencional (arts. 1507 a 1520), también conocido como pacto de retro, retroventa, o venta a carta de gracia que, según el artículo 1507 CC, es el pacto mediante el cual el vendedor se reserva el derecho a recuperar la misma cosa que vende, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518 CC y todo lo expresado en el contrato (Blasco Gascó).

Para el nacimiento del derecho de retracto convencional es preciso que el vendedor se reserve el derecho a recomprar *la cosa vendida*. Es decir, que se pacte en el mismo contrato de compraventa y que el pacto de retroventa tenga un carácter accesorio respecto del de compraventa. El plazo del ejercicio del derecho de retracto convencional se fija en cuatro años, desde la fecha de la celebración del contrato en aquellos casos en que no se haya pactado acerca de la duración del plazo. Por el contrario, si medió pacto, la duración convenida no podrá ser superior a diez años tal como establece el artículo 1508 CC (Albácar).

El pacto de retroventa establece una condición resolutoria sobre el contrato de compraventa (Albácar); su ejercicio permite que el titular del retracto convencional recupere la cosa que se vendió a un tercero (Albaladejo).

El retracto convencional se configura como un derecho real habida cuenta que el artículo 107.8 LH permite su hipotecabilidad y el artículo 1510 CC establece su oponibilidad *erga omnes* (Blasco Gascó).

El retracto convencional sigue un esquema diferente al de los retractos legales y voluntarios que son derechos de adquisición preferente sobre la cosa de un tercero, que se ejercita antes o después de que se haya vendido la cosa a un

tercero. Ahora se trata de la posibilidad de ejercer un derecho sobre una cosa que el propio retrayente ha vendido.

El retracto convencional funciona como una opción de compra que se reserva el vendedor de la cosa (Pérez Álvarez).

La STS 21 de noviembre de 1981 (RJ 1981/4541) establece que «en el caso de retracto convencional derivado de una venta con pacto de retro se trata de una compraventa con condición resolutoria. Por ello, si la condición se cumple son repuestas las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiera verificado, suponiéndose, en cierto modo, que el vendedor no ha dejado de ser propietario, pero consumada la venta por el transcurso del plazo, el comprador es dueño irrevocable del objeto vendido».

3. LOS RETRACTOS LEGALES EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil proporciona el concepto legal de retracto en el artículo 1521: «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago». Regula los retractos de comuneros y de colindantes en los artículos 1522 y 1523 CC.

3.1. Retracto de comuneros y colindantes

a) Retracto de comuneros

El Código Civil contempla este retracto en el artículo 1522 CC al disponer que el copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos, y cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común.

Con el fin de acabar con la perjudicial situación jurídica de indivisión, se faculta al *comunero* para usar del retracto, habida cuenta de la mala gestión económica que representa la pluralidad de administradores y de los conflictos de intereses que ofrece este tipo de comunidad (Saldaña).

Los requisitos para el ejercicio del retracto de comuneros son los siguientes: *a*) que exista una situación de copropiedad o comunidad por cuotas ex artículo 399 CC que permita a cada comunero ceder su cuota; *b*) que uno o varios de los comuneros enajene su cuota a un extraño a la comunidad (el término «enajenación» abarca exclusivamente la venta o dación en pago ex artículo 1521 CC), y *c*) el retrayente tiene derecho a adquirir la cuota del tercero y sustituirle en todos sus derechos y acciones, reembolsándose el precio de venta y los gastos ocasionados (arts. 1525, 1511 y 1518 CC).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

En los supuestos de pluralidad de retrayentes, cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común (Saldaña).

b) Retracto de colindantes

El fundamento en este retracto se encuentra en evitar la excesiva fragmentación de la propiedad rústica que conduce al antieconómico minifundio. Este retracto se concede a los *propietarios de tierras colindantes* cuando se trata de la venta (o dación en pago) de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea. El derecho en cuestión no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas (art. 1523.1 y 2 CC).

Es imprescindible que la venta o dación en pago se haga a otra persona distinta de alguno de los propietarios colindantes; en el supuesto contrario, el retracto no se aplicará por no cumplirse con su ejercicio el fin perseguido por la ley; ya que, mediante aquel negocio, se ha adquirido por un colindante (Díez-Picazo y Gullón).

Este derecho de retracto, a diferencia del retracto de comuneros, es indivisible, así que goza de preferencia el propietario de la tierra colindante de menor cabida y si tuviera la misma extensión tendrá preferencia el que primero lo solicite (Saldaña).

c) Normas comunes para los retractos de comuneros y colindantes

Los artículos 1524 y 1525 CC contienen normas comunes para los retractos de comuneros y colindantes:

1.º Plazo de ejercicio. El primero de estos preceptos se refiere al plazo de ejercicio, al disponer que «no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días, contados desde la inscripción en el Registro, y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta». La referencia a la inscripción debe interpretarse que se hace al asiento registral específico de ese nombre, y no al asiento de presentación, en tanto no consten en el todos los datos y circunstancias de la transmisión para tomar la decisión de retraer o no (SSTS 3 de junio de 1926 y 20 de noviembre de 1964, entre otras). El plazo de ejercicio del retracto es de caducidad, no de prescripción, y en el cómputo de los días no se descuentan los inhábiles (SSTS 14 de noviembre de 1962, 30 de diciembre de 1982 y 30 de octubre de 1990 [RJ 1990/8268]).

2.º Reembolso de gastos. El artículo 1525 CC se refiere al reembolso. Este precepto remite al artículo 1518 CC a los efectos de determinar las cantidades que han de abonarse al comprador objeto de retracto: el retrayente tendrá que abonar al comprador retraído el precio de la venta, los gastos

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la compraventa, así como los gastos necesarios o útiles que se hubieran hecho en la cosa vendida (Pérez Álvarez).

3.º Formas y condiciones de ejercicio. El artículo 249.1.7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como aplicables los trámites del juicio ordinario a aquellos procesos en que se ejerciten acciones de retracto de cualquier tipo y con independencia de la cuantía del procedimiento. En la anterior LEC existía el denominado juicio de retracto regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1618 y ss.).

4.º Efectos. La regulación de los retractos dentro del ámbito de resolución de la compraventa no significa que de prosperar el retracto el contrato se resuelva la compraventa y haya que otorgar un nuevo contrato. La jurisprudencia ha estimado que el retrayente se colocará en lugar del comprador sin necesidad de un nuevo contrato, puesto que la venta no se resuelve sino que queda modificada subjetivamente por el cambio de la persona del comprador (Pérez Álvarez). En este sentido, las SSTS 20 de mayo de 2004 y 27 de junio de 2000.

3.2. Retracto de coherederos

Fundado en el mismo principio que el retracto de comuneros, el artículo 1067 CC dispone que «si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualesquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal fin que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber». El presupuesto del retracto de coherederos lo constituye la venta o dación en pago de la cuota hereditaria a un extraño por parte de algunos de ellos, y el ejercicio en el plazo de un mes (plazo de caducidad) desde que lo sepa el retrayente, sin que sea necesario que se le notifique el negocio originador del retracto (Díez-Picazo y Gullón).

El retracto de coherederos solo produce efectos antes de la partición hereditaria, mientras la herencia permanece indivisa de manera que cualquiera de los coherederos puede transmitir su cuota hereditaria, pero no bienes concretos, ni cuotas o derechos recayentes sobre bienes específicos sin el consentimiento de los coherederos (Pérez Álvarez). En este sentido, las SSTS 30 de diciembre de 1996 y 11 de abril de 1953.

Si el coheredero vende su cuota el resto de los coherederos o alguno de ellos podrá adquirirla reembolsando el precio a quien la adquirió. Una vez que se realice la partición hereditaria finaliza el derecho de retracto legal (Pérez Álvarez).

3.3. Tanteo y retracto en la enfiteusis

El Código Civil regula la enfiteusis como una situación de condominio y, en consecuencia, establece el derecho de adquisición preferente en caso de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

transmisión onerosa del condominio de uno (dueño directo) u otro (dueño del dominio útil o enfiteuta) de los condóminos (O'Callaghan). Este derecho de tanteo y retracto, cuando vendan o den en pago su derecho, se establece en el artículo 1636.1 CC con el fin de reconstruir la unidad del dominio: «Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica». Lo dispuesto en el artículo 1631 CC se completa por lo establecido en los artículos 1637 a 1642 CC donde establece el régimen jurídico de estos tanteos y retractos.

4. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN LAS LEYES ESPECIALES

Tanto en la ley de arrendamientos urbanos como en la de arrendamientos rústicos, se recoge la figura del retracto con el fin de facilitar a los inquilinos el acceso a la propiedad de la vivienda, del local de negocios o de la tierra, con una connotación social, al preferirse a los inquilinos ante otros posibles compradores, y en idénticas condiciones en que se efectuase la transmisión (Saldaña).

4.1. La Ley de Arrendamientos Rústicos

La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (en adelante LAR), se ocupa de los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en el artículo 22. Esta figura estuvo reconocida en los artículos 86 a 97 LAR de 31 de diciembre de 1980, desapareciendo con la nueva Ley 49/2003, pero con la reforma operada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, volvieron a reintroducirse aquellos derechos.

En el artículo 22.2 LAR se concede un derecho de tanteo y retracto en favor del agricultor profesional sobre la finca rústica que tenga en arriendo. Asimismo, se conceden idénticos derechos a los arrendatarios que *sean* cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes.

Estos derechos se regulan del siguiente modo:

1. El tanteo es el primer derecho de adquisición preferente que tiene el arrendatario; el propietario tendrá que notificarle fehacientemente (generalmente a través de escritura pública) la enajenación proyectada con sus condiciones, precio y nombre y circunstancias del adquirente. Matiza el artículo 22.2 que a falta de precio, se hará una estimación del que se considere justo, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 11 LAR y teniendo en cuenta los criterios establecidos en la disposición adicional segunda de la LAR.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2. El retracto opera subsidiariamente para el supuesto de que falte aquella notificación o, en su caso, el de adquisición, si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a las contenidas en la notificación previa.
3. El plazo para ejercitar el tanteo es el de sesenta días hábiles desde la notificación; el del retracto es también el mismo, contado desde que el arrendatario tiene conocimiento de la transmisión.
4. El tanteo y el retracto operan en toda los supuestos de transmisión inter vivos de la finca arrendada, incluida *la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquellas.*

No procederán los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en los casos siguientes (art. 22.5 LAR):

a) En las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge.
b) En la permuta de fincas rústicas cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas y siempre que sean inferiores a 10 hectáreas de secano, o una de regadío, los predios que se permutan.

4.2. Tanteo y retracto del arrendatario urbano

En la LAU de 1994 el derecho de tanteo y retracto aparece contemplado en el artículo 25 para el arrendamiento de vivienda y en el artículo 31 para el caso de los arrendamientos distintos al de vivienda. El régimen es idéntico en ambos supuestos, ya que el artículo 31 remite a lo establecido en el artículo 25 LAU.

Según el artículo 25:

1. En caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes.
2. El arrendatario podrá ejercitar un derecho de tanteo sobre la finca arrendada en un plazo de treinta días naturales, a contar desde el siguiente en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión.
   Los efectos de la notificación prevenida en el párrafo anterior caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma.
3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1518 del Código Civil, cuando no se le hubiese hecho la notificación prevenida o se hubiese omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, así como cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa o menos

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

onerosas sus restantes condiciones esenciales. El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

4. El derecho de tanteo o retracto del arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento.
5. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público.
6. Cuando la venta recaiga, además de sobre la vivienda arrendada, sobre los demás objetos alquilados como accesorios de la vivienda por el mismo arrendador a que se refiere el artículo 3, no podrá el arrendatario ejercitar los derechos de adquisición preferente solo sobre la vivienda.
7. No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble […].
   Si en el inmueble solo existiera una vivienda, el arrendatario tendrá los derechos de tanteo y retracto previstos en este artículo.
8. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, las partes podrán pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente.

En los casos en los que se haya pactado dicha renuncia, el arrendador deberá comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa.

Según la LAU de 1964, todavía vigente para los arrendamientos concertados antes de la vigencia de la LAU de 1994, en los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros, podrá el inquilino o arrendatario de local de negocio utilizar el derecho de tanteo sobre el piso o locales que ocupare, en el plazo de sesenta días naturales, a contar del siguiente al que se le *notifique* en forma *fehaciente* la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio, el *precio* ofrecido por cada piso o local de negocio, las *condiciones* esenciales de la *transmisión* y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

5. COLISIÓN ENTRE TITULARES DE DERECHO DE RETRACTO

5.1. Colisión entre titulares de idéntico derecho de retracto

1. Cuando dos o más comuneros quieran hacer uso del retracto, solo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común (art. 1522.2 CC).
2. Si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo, será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos tuvieran igual, el que primero lo solicite (art. 1523.2 CC).
3. En el retracto de coherederos se siguen las mismas reglas que en el de comuneros cuando varios quieren retraer la porción que se enajena o da en pago a un extraño.

5.2. Colisión entre titulares de derechos de retracto distintos

El retracto enfitéutico prevalece sobre el retracto de comuneros (art. 1642 CC). Por tanto, si el dominio útil pertenece a varios proindiviso, enajenándose una porción indivisa de este dominio, los demás comuneros han de posponer su derecho al de retracto del dueño directo sobre tal porción, cuando este lo ejercita. Lo mismo para el supuesto de dominio directo en comunidad.

El retracto de comuneros excluye al del colindante (art. 1524.2 CC). Es decir, si la finca menor de una hectárea pertenece a varios, enajenándose una cuota de la comunidad por un comunero, poseen los demás derecho a adquirirla con preferencia al colindante. Implícitamente se sostiene, pues, que el retracto de colindantes es operante no solo si se vende la finca por entero, sino también al enajenarse una cuota de la comunidad que al efecto se monte sobre ella.

Colisión entre derechos de adquisición preferente y los regulados en la ley de arrendamientos rústicos. La LAR concede una preferencia absoluta a los distintos derechos de adquisición preferente rente a cualquier otro (por tanto, no solo frente a los regulados en el Código Civil), salvo respecto del de colindantes del artículo 1523 CC, que prevalecerá cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente (art. 22.6 LAR).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Segunda parte
Derecho inmobiliario registral

Tema 1. Conceptos generales

1. LA PUBLICIDAD Y EL REGISTRO

1.1. Fines que persigue la publicidad inmobiliaria registral

La finalidad primaria perseguida por la publicidad registral es la protección del tráfico jurídico y la agilización de las transacciones inmobiliarias, al suplir, con la garantía que supone la consulta al Registro público las complicadas indagaciones sobre la publicidad de los derechos que en otro caso sería preciso practicar (Lacruz y Sancho).

La publicidad protege el tráfico jurídico al agilizar la transmisión de los inmuebles, puesto que garantiza al adquirente que ha realizado una adquisición perfectamente segura, y puede contar con que nadie le va a perturbar en su propiedad por motivos anteriores a su adquisición, asimismo tiene la certeza de que quien ha transmitido la cosa es el verdadero propietario y puede transmitirla. Además, proporciona la seguridad de que no existen otros gravámenes (prohibiciones de disponer, hipotecas...) sobre la cosa distintos a los que el vendedor le ha manifestado. De no existir la publicidad registral el tráfico jurídico se tornaría lento e inseguro y por tanto la transmisión de riqueza se produciría con gran dificultad (Díez-Picazo y Gullón).

La publicidad registral se desarrolló de forma paralela a la revolución burguesa y al capitalismo, para favorecer el tráfico, cada vez más creciente, de los bienes inmuebles, que en aquella época representaban el mayor valor económico de los bienes en circulación. Los primeros registros públicos se constituyeron, en un primer momento, como una respuesta a la inseguridad que significaba, para los adquirentes de bienes inmuebles y demás acreedores hipotecarios, el desconocimiento de la existencia de cargas ocultas sobre los mismos, principalmente debido a la constitución de hipotecas tácitas y generales. La inseguridad dificultaba la extensión del mercado de los créditos hipotecarios. Este objetivo inicial, de mera averiguación de las cargas ocultas de los inmuebles, se amplió, por las necesidades del tráfico jurídico, a la investigación de la titularidad dominical y demás derechos reales limitados (Valpuesta).

La persona que está dispuesta a conceder un crédito con la garantía de un bien inmueble, necesita que se le proporcione una garantía eficaz. Para ello necesita saber si el constituyente de la garantía es el verdadero dueño de la cosa, si cuenta con pleno poder de disposición sobre la misma y si existen o no gravámenes

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

sobre la cosa que puedan disminuir o incluso hacer desaparecer su garantía (Díez-Picazo y Gullón).

1.2. Naturaleza de la publicidad registral

La publicidad inmobiliaria registral puede definirse —según Valpuesta— como una publicidad libraria, organizada a través del Registro de la Propiedad, que tiene por objeto las situaciones jurídicas reales constituidas sobre bienes inmuebles, de las que se publica su cognoscibilidad legal, y que produce efectos jurídicos sustantivos para el que accede al mismo.

La publicidad registral inmobiliaria está destinada a dar a conocer la situación jurídica de los bienes inmuebles, mediante su descripción en libros oficiales practicada siguiendo el procedimiento determinado en la ley. No se trata de procurar que las situaciones jurídicas inmobiliarias lleguen a conocimiento de todos, sino de que todos tengan el medio de conocerlas.

La expresión *publicidad* no tiene el significado de propaganda o difusión, sino de la *posibilidad de conocer*: por ello se consignan las titularidades que se quieren hacer públicas en libros que pueden consultar cuantos interesados lo soliciten y que al mismo tiempo permanece desconocido para el resto de los ciudadanos.

La publicidad registral es una heteropublicación, es decir, que es una publicación por parte de un sujeto extraño —el registrador— a la verificación del suceso publicado. De forma más exacta consiste en una publicación de acontecimientos que interesa a situaciones de Derecho privado realizada por la Administración (Lacruz y Sancho).

1.3. Objeto de la publicidad

El derecho patrimonial se asienta en la distinción entre el derecho de obligaciones y los derechos reales. La diferencia entre ambas categorías no es una cuestión pacífica en la doctrina, pero para la denominada *doctrina clásica* (Valpuesta):

El derecho real se identifica por los caracteres de *a*) *inmediación sobre la cosa o principio de la inmediatividad,* que consiste en que el titular puede utilizar directamente su derecho sin necesidad de la colaboración del gravado con el mismo, y *b*) *eficacia erga omnes*, o principio de la absolutividad, que significa que el derecho tiene eficacia frente a cualquier tercero.

> El derecho de crédito cuyo poder reside en la prestación (de dar, hacer o no hacer) que debe realizar el deudor frente al acreedor y cuya *eficacia* es *relativa*, es decir, que se circunscribe únicamente a las partes de la relación jurídica obligatoria (art. 1257 CC).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

En consecuencia, la lesión del derecho real puede provenir de cualquier persona, mientras que en el derecho de crédito el supuesto más normal de lesión lo constituye el incumplimiento por un único sujeto, el deudor.

Esta eficacia *erga omnes* de los derechos reales exige que se instrumente un sistema de publicidad que proteja, en primer lugar, a los titulares de los mismos frente a los ataques que puedan sufrir por parte de terceros, así como debe protegerse también a los terceros que al adquirir una cosa o derecho cuya titularidad pertenece a otra persona pueden ver defraudados sus intereses, como cuando compran un bien y resulta que el vendedor no es su verdadero dueño, o está gravado como una carga, servidumbre o hipoteca que desconocían (Valpuesta).

Para Lacruz y Sancho también está justificada la publicidad por que a diferencia de la relación de crédito creada entre dos personas que se agota normalmente entre ellas, con el cumplimiento de la prestación, el derecho real, sobre todo el de propiedad, se caracteriza por la nota de la permanencia, que es la que le permite estar destinado a transmitirse y a ser objeto de tráfico.

En resumen, nos encontramos con unos derechos que por su mayor vulnerabilidad reclaman más urgente que los demás la publicidad, y además por concurrir en esos mismos derechos la nota de permanencia hace que sean los que más fácilmente pueden publicarse.

El aparato oficial destinado a anunciar las titularidades reales solo tendrá verdadera utilidad cuando verse sobre objetos fácilmente recognoscibles en el tráfico; lo son en primer lugar los inmuebles, que como su nombre indica no pueden desplazarse de donde están. El inmueble es el bien recognoscible por excelencia y solo en relación con él puede despegar el Registro toda su efectividad. Originariamente los registros lo han sido de fincas, pero la revolución de la técnica ha producido una serie de bienes muebles que reúnen la doble cualidad de ser muy valiosos y fácilmente identificables tales como aeronaves o buques (la hipoteca naval está regulada en la Ley 14/2014 de Navegación Marítima arts. 126 a 144).

1.4. Instrumento de la publicidad registral: el Registro

Para desarrollar la actividad estatal de toma de razón y manifestación de las situaciones jurídicas inmobiliarias, es decir, para fijar en libros oficiales quien es el dueño de cada finca o qué gravámenes pesan sobre ella, la ley ha creado un organismo llamado Registro de la Propiedad.

El sistema español de Registro de la Propiedad presenta los siguientes caracteres:

1.º Es un Registro de *documentos o títulos*, pues a él se llevan documentos otorgados fuera de dicha oficina, como escrituras notariales, sentencias o mandamientos judiciales como por ejemplo los mandamientos de embargo (Lacruz y Sancho).

2.º Es un Registro de *inscripción*, puesto que el documento presentado, en principio no se queda en la Oficina del Registro. Así pues, por ejemplo,

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de una escritura de compraventa se extraen los datos esenciales para que quede constancia en el folio de la finca, tanto del contrato celebrado como de todas las condiciones del mismo que afecten a la titularidad del inmueble, devolviéndose posteriormente el documento a quien lo ha presentado (Lacruz y Sancho).

3.º Es un sistema de *folio real,* puesto que los asientos referentes a cada finca se practican consecutivamente en un mismo «folio» o conjunto de hojas, lo que permite ver consultando únicamente ese folio, la entera situación de la finca de acuerdo con el Registro (Lacruz y Sancho).

4.º Es una *sistema de publicidad libraria*, pues se opera a través de unos libros, que solo pueden ser llevados por unos funcionarios públicos, los Registradores de la Propiedad (art. 274 L.H.), sino que además están bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1.3 LH). En los libros a través de los correspondientes asientos, se reflejan las situaciones jurídicas objeto de la publicidad. En este sentido también se habla de *publicidad tabular* (Valpuesta).

5.º Se organiza de forma unitaria y centralizada para todo el Estado español a través de una institución administrativa, que es el Registro de la Propiedad, dependiente de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia (art. 259 y ss. LH) . La Constitución recoge en su artículo 149.1.8 entre las competencias exclusivas del Estado, la «ordenación de los registros e instrumentos públicos» (Valpuesta).

6.º Tiene por objeto principal la publicidad de las situaciones jurídicos reales sobre bienes inmuebles, artículos 605 CC, 2 LH y 7 RH (Valpuesta).

1.5. Eficacia de la publicidad en el Registro

De acuerdo con Lacruz y Sancho, el Registro no solamente está destinado a la publicidad sino que esta publicidad excede a la mera información, hasta el punto de que en determinados supuestos se garantizan las titularidades que aparecen inscritas en él.

La eficacia del Registro consiste en publicar y garantizar titularidades; el Registro designa quien es el titular de cada derecho y tales designaciones se hallan garantizadas, de modo que el adquirente puede tenerlas por seguras sin necesidad de ulterior examen.

P. ej.: si alguien que figura en el Registro como propietario de una finca, aun cuando en realidad no lo es, vende esa finca un tercer adquirente que ignoraba que aquel no era el verdadero dueño, este tercero quedará inmunizado frente a la reclamación que interpusiera contra él el verdadero dueño, puesto que estaría protegido por la Buena Fe registral ya que adquirió con la confianza de que lo que afirmaban los libros se correspondía con la realidad.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2. EL DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

2.1. Concepto

El Derecho inmobiliario registral también es conocido por la doctrina bajo el título de Derecho Hipotecario. Esta denominación obedece a la circunstancia de que la ley que regula la materia es la Ley Hipotecaria. Se da la paradoja, de que el nombre de la ley tampoco se corresponde con su contenido, puesto que en ella se regula además de la hipoteca todo lo referente a Registro de la propiedad. Parece ser que los autores de esta ley adoptaron tal denominación por la circunstancia de ser esta popular y ante la imposibilidad de hallar una que llenase por completo su objeto, a lo que se acompaña la circunstancia de que en 1861 se publicó la Ley Hipotecaria. El estudio de la hipoteca en cuanto a tal no pertenece al Derecho registral inmobiliario, siendo el lugar adecuado para el estudio de la misma el tratado de los derechos reales de garantía (Lacruz y Sancho).

La mayoría de la doctrina prefiere utilizar la expresión Derecho inmobiliario registral; si bien este no se va a referir al estudio de todos los bienes inmuebles sino solamente a los bienes inmuebles por naturaleza, es decir, las *fincas* (art. 334.1 y 334.8 CC) y de algunos bienes inmuebles por analogía como las *concesiones administrativas de obras públicas* (art. 334.10.º CC) (Lacruz y Sancho).

Por otra parte, la denominación de Derecho registral, tampoco es correcta, puesto que no estudia todos los registros existentes como el mercantil o el civil sino única y exclusivamente el Registro de la Propiedad y su influencia en la dinámica y conservación de los derechos reales sobre predios y de algunos derechos personales cualificados por su accesibilidad al registro, por ejemplo: los arrendamientos urbanos (Lacruz y Sancho).

2.2. Naturaleza y caracteres

El Derecho inmobiliario registral está integrado tres clases de normas de distinta naturaleza (Valpuesta):

> *a*) normas civiles, que se refieren al *objeto* de la publicidad registral y los *efectos* de la misma; *b*) normas administrativas, que tienen por finalidad *organizar el Registro* y *regular la actividad* del Registrador y, *c*) normas procesales, que establecen unos *procedimientos específicos* para la *defensa de los derechos inscritos*. Por ejemplo, el procedimiento del artículo 41 LH que establece: «Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente».

No obstante, todas estas normas son coincidentes sobre un mismo objeto. Esta unidad de objeto proporciona a esta disciplina una autonomía expositiva que imprime a estas normas un carácter específico que las distancia tanto del Derecho

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

civil propiamente dicho como del procedimiento civil: así las referentes a las inscripciones, sus efectos, su práctica y rectificación. El carácter específico de esta disciplina se manifiesta asimismo en la peculiaridad de los funcionarios y de los órganos de la publicidad, que están dotados de una suerte de jurisdicción, ajena al orden judicial (Lacruz y Sancho).

2.3. Contenido

El Derecho inmobiliario se divide en dos partes:

a) El *Derecho hipotecario material, sustantivo o de fondo* que es el que se refiere a los efectos sustantivos que alcanzan a la titularidad y ejercicio de los derechos inscritos. El derecho inmobiliario material está integrado principalmente por normas de carácter civil (Lacruz y Sancho). Esta parte comprende: la finca, su inmatriculación y sus modificaciones; los actos y derechos inscribibles; los principios hipotecarios y la anotación preventiva (O'Callaghan).

b) El Derecho inmobiliario formal, *adjetivo o procesal* que es el referido a los aspectos técnicos del Registro, como la organización del Registro, libros y procedimiento registral. Es así, el que describe el aparato oficial de la publicidad, que es materia fundamentalmente de derecho administrativo y el que estudia el proceso de adquisición de la posición *libraria* (Lacruz y Sancho).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 2. La legislación hipotecaria española

1. EVOLUCIÓN DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En la Baja Edad Media el sistema general de transmisión de la propiedad y creación de gravámenes es en Castilla el de contrato antecedente (título) y subsiguiente tradición (modo), que aparece recogido en las Leyes de Partidas. Este sistema, que no está sujeto a ningún requisito de forma, no facilita el conocimiento por los terceros de las modificaciones en los derechos sobre muebles y en particular de aquellos derechos que no entrañan la posesión de la finca, como por ejemplo las servidumbres no aparentes.

Los primeros intentos de establecer en España un Registro se limita a la posibilidad de establecer un gravamen y en particular de aquellos que no se manifiestan a simple vista por la posesión. De ahí que tradicionalmente, los principales inconvenientes de la falta de publicidad de los cambios reales se haya hecho notar en el terreno de la hipoteca y el censo consignativo cuya existencia no puede manifestarse por un cambio de poseedor de la finca o mediante cualquier influencia externa y visible de terceros sobre el inmueble.

La publicidad de los gravámenes se inicia en España con las Reales Pragmáticas de 1539 y 1713 que creaban un libro que recogía en determinados núcleos urbanos los contratos de censo y de hipoteca, los cuales en el supuesto de no registrarse no podían oponerse al posterior adquirente de la finca ni tampoco podían alegarse en juicio.

Esta disposición y otras posteriores quedaban totalmente incumplidas hasta que en 1768 se estableció un Registro de Gravámenes que posteriormente se llamó Contadurías de Hipoteca. Estas fueron un Instituto más orgánico y organizado que los libros de 1539, pero no de mayor eficacia, puesto que seguían publicando sustancialmente hipotecas y censos mientras que las transferencias de dominio o los derechos reales de goce continuaban permaneciendo hasta bien entrado el siglo XIX fuera del registro. Las contadurías son el antecedente inmediato del actual Registro de la Propiedad (Valpuesta).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El precedente inmediato de la Ley Hipotecaria de 1861 es el proyecto de Código de 1851. Como este no llegó a ser ley se pensó en una ley especial que permitiese plantear en España un sistema hipotecario moderno.

El 8 de febrero de 1861 se promulgó la primera Ley Hipotecaria y en junio de ese mismo año el Reglamento Hipotecario. Mediante esta ley se pretendió solucionar el problema de las hipotecas ocultas y generales, vigentes bajo el sistema anterior y que dificultaban la expansión del denominado crédito territorial. La ley de 1861 asienta con firmeza las bases de un Registro jurídico, técnico y moderno, que impulsado y adaptado a la realidad social por sucesivas reformas, ha llegado hasta la actualidad como garante de la seguridad jurídica inmobiliaria. La LH respetó el principio del título y del modo en la adquisición de derechos reales, estableció la voluntariedad de la inscripción y organizó los libros por (O'Callaghan).

Tanto la LH como el Reglamento han sufrido varias reformas importantes: *la de 1869, la de 1909 y la de 1944-46.* La más importante de todas ellas fue la de 1944, que trató de suplir las lagunas y perfeccionar la técnica registral de las anteriores. También se ocupó de regular una serie de instituciones jurídicas de las cuales no se había ocupado la legislación anterior como las prohibiciones de disponer, la usucapión en relación con el Registro, algún tipo de legítima, algunas nuevas formas de hipoteca, etc.

La ley de 1944 autorizó al Gobierno para publicar una nueva edición de la LH armonizada y sistematizada. Así, el 8 de febrero de 1946 se aprobó el texto refundido de la LH que actualmente se encuentra en vigor. La última importante reforma de la Ley Hipotecaria ha sido efectuada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por RDLeg. 1/2004, de 5 de marzo. Este texto se estructura en dos partes: la primera, referida al proceso de coordinación entre finca registral y parcela catastral. La segunda, relativa a los expedientes para concordar la realidad registral con la realidad física y jurídica extrarregistral, en la que el legislador ha aprovechado para regular determinados expedientes de jurisdicción voluntaria que, desjudicializados, ha encomendado a registradores de la propiedad y a notarios.

El Reglamento Hipotecario ha seguido las reformas de la ley, y así fue modificado en el año 1870, en 1915, en 1947 y finalmente mediante el RD 1867/1998, que ha afectado a numerosos preceptos. La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ha eliminado la mayoría de las normas procesales.

2. LA LEY HIPOTECARIA Y EL CÓDIGO CIVIL

2.1. Ubicación de las normas hipotecarias

En un principio se tuvo la idea de incluir la materia del Registro de la propiedad en el Código Civil, en este sentido los primeros proyectos de Código Civil, como el de 1851 incluían el régimen jurídico de la publicidad registral. Si finalmente se reguló esta mediante ley especial fue debido al retraso en la

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

publicación del Código Civil y con la idea de poder acomodarla al futuro código.

No obstante, en la ley de Bases de 1882 ya se pensó en conservar las leyes especiales limitándose a llevar al Código lo principal de sus preceptos sustantivos.

El Derecho registral propiamente dicho, en el CC, se redujo a tres normas de principio que son los artículos 605 a 607 y al mandato del artículo 608 que consiste en una remisión genérica a la ley hipotecaria, y a esos efectos establece «para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la ley hipotecaria».

2.2. Alcance de la dualidad de textos

La existencia simultánea de dos textos, el CC y la ley, ha hecho que se plantee el problema de la primacía de uno o de otro. Para Lacruz y Sancho, el problema se plante de la siguiente forma: cuando se promulga la ley de 1861, los preceptos civiles de la misma modificaron el conjunto de leyes civiles que entonces regían. Una vez aprobada aquella ley, el cuerpo de Derecho Civil comprendía todas las normas antiguas no derogadas más las nuevas. La llegada del Código de 1889, sus autores, optaron por conservar las leyes especiales de forma aislada del Código Civil introduciendo por otra parte una serie de modificaciones, si bien al mismo tiempo se mantuvieron las directrices fundamentales de la LH.

Así, de esta forma, los codificadores no quisieron ni derogar el contenido civil de la ley de 1861 ni hacerla supletoria del Código, sino que al promulgarse este y en virtud de su artículo 608 la LH debía seguir rigiéndose juntamente con él, salvo en aquellos extremos en que venían expresamente derogados.

Hoy en día, la LH en su parte sustantiva sigue siendo un trozo de Código Civil, de modo que la reforma de la ley equivaldría a una reforma parcial del Código Civil. No se plantea así el problema de la prevalencia del Código Civil sobre la LH por cuanto ambos cuerpos son una misma cosa y la colisión de normas ha de resolverse como si se tratase de preceptos que se hallan en un mismo cuerpo legal.

Cuestión distinta es que el derecho de propiedad se halle sometido a una dualidad de regímenes, uno para la propiedad inmatriculada o inscrita en el Registro de la Propiedad y otro para la que no está inscrita. A la última se aplicará en Código Civil y a la otra el Código y además la LH, con preferencia de esta última por tratarse de una ley especial.

3. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

3.1. Concepto

Los «principios hipotecarios» son aquellas reglas más generales de la legislación hipotecaria española formuladas directamente en ella u obtenidas por inducción de

sus preceptos que da a conocer las líneas esenciales de lo que se podría llamar *ideas fuerza* del Ordenamiento Inmobiliario Registral (Lacruz y Sancho). El concepto de los principios hipotecarios, así como su formación y desarrollo se deben a la aportación de Jerónimo González. Para este autor se trata de «orientaciones generales o direcciones fundamentales que, jugando a modo de principios, informan la disciplina estudiada y sirven para resolver los problemas concretos»

3.2. Enumeración

Si bien la doctrina no es unánime en torno a su número, la gran mayoría da por válida la siguiente enumeración (Chico y Ortiz).

3.2.1. Principios previos a la inscripción

Estos principios se refieren al modo de ingresar los derechos reales en el Registro (O'Callaghan).

a) *Principio de rogación.* Este principio supone que los *cambios registrales* se producen exclusivamente *a instancia de parte*, es decir, que el registrador no puede realizar asientos en los libros si no es solicitado por quien tenga derecho al asiento o resulte perjudicado por él. La petición o instancia puede surgir voluntariamente del sujeto o venir impuesta por la ley. Este principio viene recogido en el artículo 6 LH.
b) *Principio de legalidad.* El principio de legalidad impone que los títulos que pretendan su inscripción en el Registro sean sometidos a un previo examen, verificación o calificación, con el fin de que en los libros hipotecarios únicamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos (Roca Sastre). Así pues, este principio se realiza a través de la función calificadora del Registrador (Chico y Ortíz), esto es así porque en un sistema como el español en que los asientos registrados se presumen exactos y concordantes con la realidad jurídica, es lógico que se exija un trámite depurador o de filtro, de lo contrario los asientos solo servirían para engañar al público. Mediante la calificación registral los títulos defectuosos son rechazados definitiva o provisionalmente del Registro y los válidos son admitidos y registrados (Roca Sastre).

El principio de legalidad y la función calificadora del registrador, están regulados en el ordenamiento inmobiliario registral en toda una serie de preceptos dispersos, principalmente los artículos 18, 19, 19 bis, 65, 66, 99 a 103 LH y los artículos 98 a 136 y otros del RH (Roca Sastre).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3.2.2. *Principios simultáneos a la inscripción*

a) *El principio de prioridad*

Por prioridad se ha de entender aquella preferencia que concede el tiempo a la diligencia del que primero llega al Registro. Se basa en la máxima romana *prior tempore, potior iure*, que significa que el primero que acude al Registro tiene un derecho preferente sobre el que llega con posterioridad (Chico y Ortiz).
Este principio se aplica de diferente manera según que los derechos a inscribir sea compatibles o no entre sí (Lacruz y Sancho):

1.ª En el supuesto de derechos compatibles entre sí (ej., las hipotecas y los embargos), el primero de los derechos que llega al Registro obtiene la protección registral si reúne las debidas condiciones, con preferencia a los que lleguen después. Es decir, que se admite la inscripción de ambos derechos, pero el primero siempre tendrá preferencia.
2.ª En el caso de derechos incompatibles entre sí (ej., el derecho de propiedad), ya no es posible la inscripción de ambos derechos; la inscripción del primero cierra el registro para el segundo. Un documento llegado después solo podrá ser inscrito en el caso de que los Tribunales declarasen la preferencia del derecho que contiene y anulen la anterior inscripción. Un ejemplo de derechos incompatibles es el supuesto de la doble venta recogido en el artículo 1473 CC.

Este principio está recogido entre otros en el artículo 17 LH: «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se trasmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.
Si solo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de 60 días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento».

b) *El principio de especialidad*

La especialidad en sentido general es sinónimo de afán de concreción o especificación. Aplicado a la publicidad inmobiliaria registral, el principio de especialidad o determinación significa que esta ha de organizarse con toda claridad a fin de eliminar toda sombra de confusionismos (Roca Sastre).
Según la doctrina de la DGRN, el principio de especialidad impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

tanto en sus elementos subjetivos [titulares] y objetivos [derecho inscrito y la finca], como en su contenido y alcance (RDGRN 6 noviembre 1996 [7928]). En parecidos términos la RDGRN 19 marzo 2008 (RJ 1483) estima que el principio de especialidad supone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (*cfr.* arts. 9.2 LH y 51.6 RH).
El principio de especialidad tiene una triple manifestación: sobre la finca inmatriculada, sobre el derecho inscrito, y sobre su titular, ya que ambos son los elementos primarios de la publicidad registral (Roca Sastre).

1.º En cuanto a la finca. La especialidad está relacionada con el sistema de organizar el Registro por fincas, y significa que a cada una de las fincas se le abrirá un único folio u hoja registral, de modo que todo el historial jurídico de la finca debe ser comprendido dentro del folio real (Roca Sastre).
El principio de especialidad exige que la finca sea descrita con arreglo a las prescripciones legales, a fin de que pueda ser identificada con toda precisión, y por ello los artículos 9 de la LH y 51 RH, establecen que las inscripciones se practicarán expresando la situación, linderos, medida superficial y demás circunstancias que contribuyan a la identificación el inmueble. (RDGRN 25 enero 1999 [RJ 612]).
2.º En cuanto al derecho real. La especialidad significa que el derecho real debe constar en el Registro con determinación de su naturaleza jurídica, extensión, cargas y limitaciones, su denominación si la tuviere y su valor si constare en el título, con fijación total por la que respondiere cada finca en materia de hipotecas
3.º Respecto del titular del derecho real inscrito, también se exige que conste en el Registro, el designado por su denominación y circunstancias, y con expresión de la cuota o participación que en el mismo tuviere cada titular del mismo si fueren varios (Roca Sastre). Según el art. 9.e): «La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones», así como f) «La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse».

Este principio se manifiesta en los artsículos 9 LH y 51 RH, así como en el artículo 13.1 LH: «Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan...».

c) *El principio de tracto sucesivo*

Según Lacruz y Sancho, este principio significa que cada titularidad registral, a excepción de la que consta en el asiento de inmatriculación o primer

asiento de la finca, debe apoyarse sobre otra anterior vigente y suficiente para servirle de base. Es decir, que en el Registro debe constar un encadenamiento o secuencia de transmisiones. El tracto sucesivo es la exigencia de la conexión de titulares registrales, de forma que el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana y así sucesivamente (Roca Sastre).

Ej: si se trata de transmisiones de propiedad, esta regla quiere decir que cada adquirente solo puede inscribir su derecho si lo ha recibido del último titular según el Registro. Si una finca ha pertenecido a A, B, C, pero C que es el último propietario no ha inscrito la finca que todavía continua inscrita a nombre de B, si aquella se vende a D no se cumple el requisito del tracto sucesivo. La venta tiene plena eficacia extrarregistralmente, pero no puede inscribirse a nombre de D porque no se cumple el requisito del tracto sucesivo.

La iniciación del proceso de inscripción requiere que en el título formal o documento que se presente, el transmitente sea el último y vigente titular registral del derecho según el folio en el que esté asentada la finca enajenada, de tal forma que los sucesivos titulares del derecho inscrito se sigan los unos a los otros perfectamente escalonados. El tracto sucesivo permite que en todo momento esté completa la sucesión de titulares.

El tracto sucesivo se manifiesta en el artículo 20 LH: «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos...».

3.2.3. Principios posteriores a la inscripción

Los efectos producidos por la inscripción se reúnen por la doctrina bajo diversas denominaciones.

a) *El principio de publicidad*

Dentro de este principio —nos dicen Lacruz y Sancho— se distinguen dos aspectos distintos correspondientes a una publicidad material y a otra formal.

1.º La publicidad formal, consiste en que el contenido del Registro es accesible a la consulta de todos los interesados. La Regla de la Publicidad formal se encuentra en el artículo 221 LH de la ley que dice textualmente: «Los Registros serán públicos para quien tenga interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos». El interés se presumirá en toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo». En sentido

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

contrario, el resto de ciudadanos tendrán que alegar la existencia de un interés en consultar el registro.

La publicidad formal se hace efectiva por medio de la manifestación de libros o por la certificación expedida por el registrador (Valpuesta).

2.º La publicidad material se refiere a los efectos sustantivos que se derivan de la inscripción para su titular. El principio de publicidad material su vez se descompone en otros dos: el principio de legitimación registral que afirma en beneficio del titular escrito la exactitud del Registro salvo prueba en contrario; y el principio de la fe pública registral en favor del adquirente de buena fe.

b) *El principio de presunción de exactitud*

El principio de publicidad se identifica con una presunción de exactitud del Registro que opera en dos planos: uno (*iuris tantum*) en favor de todo titular registral; y otro (*iuris et de iure*) para hacer adquirir la propiedad a quien contrató con quien no era dueño pero como tal figuraba en los libros (Lacruz y Sancho).

El Registro al publicar unos derechos se le inviste de la presunción de que *los mismo existen y pertenecen a su titular en la forma determina el asiento respectivo.* Este principio se encuentra formulado en los artículos 38 y 97 LH. Dicha presunción alcanza también a la posesión (Chico y Ortiz).

En el artículo 38 LH se dice que «a todos los efectos legales se presumirá que los Derechos Reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presume, que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales, tiene la posesión de los mismos».

En el artículo 97 LH nos encontramos con una presunción de desaparición de los derechos cuya cancelación sea declarada por el Registro y así dice «cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera».

Finalmente, el artículo 1.3 LH establece que «Los asientos del Registro en cuanto se refieren a los derechos inscribibles están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare por inexactitud en los términos establecidos en esta ley».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 3. Elementos de la publicidad registral

1. LA FINCA EN EL REGISTRO

1.1. El sistema de folio registral

El principio de especialidad se manifiesta principalmente en orden a la perfecta determinación de la finca y del derecho real (aunque también respecto del titular).

La finca constituye la base física del Registro mientras que el derecho real (dominio o derecho real limitado) constituye la base jurídica del mismo (Roca Sastre). La finca es el soporte físico o material del dominio y derechos reales limitados inscritos. Esto se manifiesta tanto en la finca normal, por consistir en un trozo de terreno edificado o no, como en las denominadas fincas especiales (Roca Sastre).

Una de las manifestaciones del *principio de especialidad* es la que se resume en la frase «una finca, un derecho»; de esta forma se superó la práctica anterior a la Ley Hipotecaria de constituir garantías generales, es decir, aquellas que afectaban a patrimonios enteros.

A. La finca como modo de llevar el Registro. La LH adopta el sistema de llevar el Registro por fincas, abriendo un registro particular u hoja o folio especialmente destinado a recoger el historial jurídico de cada finca inmatriculada. Este es el denominado sistema del folio real (Roca Sastre). La finca constituye la base del modo de llevar los Registros y de los efectos sustantivos del mismo (Roca Sastre). El hecho de que la finca también constituya la unidad básica del sistema registral, supone que el Registro sea un registro de fincas (Díez -Picazo).
En este sentido, el artículo 243 LH establece que «El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones, y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca, se practicarán a continuación sin dejar claros (espacios) entre los asientos».

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El artículo 7 LH dice que «la primera inscripción de cada finca en el Registro de la propiedad será de dominio» y el artículo 8 preceptúa que «cada finca tendrá desde que se inscriba por primera vez un número diferente y correlativo».

En un principio, los registradores han de destinar a cada finca un determinado número de hojas, en relación con el tráfico de su Registro (art. 378 RH), pero cabe que estas se llenen o inutilicen, en este caso se trasladará el número de aquella a otro folio del tomo correspondiente del mismo Ayuntamiento o sección, o a la primera hoja libre y sobrante de las que hubieran sido dedicadas en tomos sucesivos del Ayuntamiento tomo o sección de que se trate (art. 379 RH).

En el folio real no se reflejan de forma separada los datos físicos y jurídicos de cada finca, sino que estos se superponen sucesivamente, en la medida que van accediendo con los distintos títulos que se inscriben. No obstante, en la primera inmatriculación o inscripción de la finca, se deberán recoger las circunstancias de los artículos 9 LH y 51 RH (Valpuesta).

B. Efectos sustantivos de la finca en el ámbito de la fe pública. El tercer adquirente para su protección por el principio de fe pública registral, le basta atenerse, al contenido de la hoja, folio o registro particular de la finca inmatriculada en relación con la cual contrata (Roca Sastre). Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 13.1 LH, que establece: «Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan». Este precepto es una aplicación del sistema del folio real, en el sentido de que la única inscripción eficaz es la que se haga en el folio abierto a la finca gravada y no la que se haga indebidamente o de pasada en el folio de otra finca (Núñez Lagos).

1.2. El concepto de finca

Ni la LH ni el Código Civil proporcionan un concepto de finca, y este último incluso utiliza preferentemente otros términos, como «inmuebles», «heredades», «suelo», etc. (*vid.* arts. 334 a 370 CC).

Desde un punto de vista registral, es finca todo lo que abre hoja o folio real en los libros de inscripciones para su inmatriculación. En un principio, esta coincide sustancialmente con el significado material de la misma que se identifica con la extensión de terreno continuo cerrado por una línea poligonal que pertenece a una sola persona en propiedad o a varias en proindiviso (Valpuesta). No obstante ser aquel el prototipo de finca registral por excelencia, en nuestra legislación ese han admitido numerosos tipos de fincas registrales.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.3. Clases de fincas

Las fincas pueden agruparse, desde varios puntos de vista. Según Roca Sastre, podemos encontrar las siguientes clases:

A) *Fincas por naturaleza.* Finca por naturaleza es la porción de terreno cerrada con una línea poligonal, edificado o no, cuya propiedad corresponda a una sola persona o a varias en común, o en dominio dividido enfeitéutico así como las fincas urbanas edificadas que pertenezcan a diferentes dueños, sujetas o no al régimen de propiedad horizontal (Roca Sastre).
Dentro de las fincas por naturaleza se encuentran hasta cuatro tipos de fincas. Un tipo básico y tres variantes:

1.º El tipo básico de finca por naturaleza es la porción de terreno cerrado por una línea poligonal, edificada o no cuya propiedad pertenezca a una sola persona o a varias en común o indivisión. Esta es la finca normal ordinaria o corriente, que tiene que inmatricularse con expresión de las circunstancias del artículo 9.1 LH: «La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren, del título».
2.º La finca que pertenece en dominio enfitéutico. En el caso de hallarse separados el dominio directo y el útil, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios; pero si después se inscribiese el otro dominio, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito (art. 377 RH).
3.º Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno (art. 8.3 LH). Se refiere aquí a un supuesto de finca urbana edificada perteneciente a varias personas en común, pero sin estar constituida en régimen de propiedad horizontal.
4.º Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada (art. 8.4 LH). Se trata de los edificios que posteriormente serán objeto de división horizontal.

B. *Fincas especiales.* Junto con la finca por naturaleza, aparecen otros bienes que también merecen folio aparte pero que se separan de las características antes señaladas. A estos bienes se les ha llamado «fincas anormales o especiales», en contraposición a la primera a la que se califica de «normal» (Valpuesta). Estas fincas se diferencian de las fincas por naturaleza, por no consistir en una porción de terreno cerrada por una línea poligonal, ya que comprenden varias parcelas no colindantes o por otras circunstancias.
En la Ley Hipotecaria se contemplan las siguientes fincas especiales:

1) Finca funcional. Bajo este concepto se integran una serie de supuestos en los que varias fincas no colindantes forman una unidad orgánica con

un mismo destino económico. A la misma se refieren la Ley Hipotecaria y el Reglamento varios de sus preceptos, en los que se recogen las distintas modalidades que pueden presentar. Así, el artículo 8.2 LH habla de explotación agrícola que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí. En la misma línea, los supuestos del artículo 44 RH (Valpuesta).

A tal fin se requiere que los bienes que forman esa unidad se integren en una explotación económica organizada en forma de empresa, y que se delimiten las parcelas, terrenos, heredades que forman la finca registral.

2) Pisos y locales en régimen de propiedad horizontal. También pueden ser fincas independientes los distintos pisos y locales de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. Para ello se exige que previamente haya sido objeto de inmatriculación, como una única finca, el edificio en su totalidad, como finca registral, en cuyo asiento deberán constar el título de constitución de la propiedad horizontal que refleje la cuota de participación de cada uno en la comunidad, así como sus estatutos (art. 8.4 LH).

   En cuanto a las urbanizaciones privadas, ahora denominadas complejos inmobiliarios privados, ya se encuentran regulados en el artículo 24 LPH, precepto introducido por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, sin embargo todavía carecen de regulación en el ordenamiento hipotecario. La DGRN les aplica analógicamente lo dispuesto para los pisos en régimen de propiedad horizontal (RRDGRN de 2 de abril de 1980 y 20 de julio de 1988). En virtud de ello se deberá abrir un primer folio para toda la urbanización, del que se extraerán los distintos edificios a los que se le asignará un folio independiente, hasta llegar al folio correspondiente a cada uno de los pisos.

3) La inscripción de una cuota indivisa de finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículos, y los locales destinados a trasteros, también podrá inscribirse en folio independiente que se abrirá con el número de la finca matriz, y el correlativo de cada cuota. La apertura de folio se hará constar por nota al margen de la inscripción de la finca matriz (art. 68.1 y 2 RH).

   La STS (S. 3.ª) de 31 enero 2001, declara nulo de pleno, entre otros, el artículo 68, párrafos tercero y cuarto, del Reglamento Hipotecario, precepto radicalmente nulo por ser contrario a la Ley.

4) El agua. Según lo dispuesto en el artículo 66 RH las aguas de dominio privado que, conforme lo dispuesto en el número 8.º del artículo 334 CC, tengan la consideración de bien inmueble, podrán constituir una finca independiente, e inscribirse con separación de aquella que ocuparen o en que nacieren. Ello, sin perjuicio, de que se pueda hacer constar la existencia de las aguas en la inscripción de las fincas de la que formen parte, como una cualidad de las mismas.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

En el vigente TRLA la propiedad privada sobre las aguas tiene carácter meramente residual, su artículo 10 solo la atribuye respecto de las charcas situadas en predios de propiedad privada.

Distinto del anterior es el supuesto de las servidumbres en materia de aguas, que deberán inscribirse en el folio correspondiente a la finca sobre las que recaen; y las concesiones administrativas para la explotación de las aguas públicas, que se regirán por lo dispuesto para las mismas (art. 30 RH).

5) Las concesiones administrativas. Son varias las concesiones administrativas susceptibles de inscripción. En primer lugar, la concesión administrativa de obras públicas, que según el artículo 334.10 CC, tienen naturaleza de bien inmueble, pueden inscribirse como finca independiente (art. 44.6 RH). En la inscripción de tal derecho como finca se expresarán las circunstancias exigidas en los artículos 60 y 61 RH, que hacen referencia, entre otras circunstancias, a la necesidad de que conste en escritura pública, y en un su defecto el título de concesión, y deberá expresar el pliego de condiciones generales de tal concesión, a la naturaleza y denominación de la misma, al plazo de duración etc. También comprenderá los terrenos afectos a su explotación.

   En el RH se regula expresamente la concesión para la explotación de aguas públicas (arts. 64 y 65); las concesiones mineras (art. 62 y 63) y las concesiones para explotaciones industriales destinadas a la producción y distribución de energía eléctrica (art. 67).

6) Los bienes de dominio público. Estas fincas tradicionalmente han estado excluidas del Registro. Tradicionalmente quedaban exceptuadas de inscripción (art. 5 RH): los bienes de dominio público pertenecientes al Estado; los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público; las servidumbres legales, que son aquellas que tienen eficacia inmediata, sin necesidad de acto de constitución, como se requiere para las denominadas servidumbre forzosas reguladas en el Código Civil; y los templos destinados al culto católico. A esta enumeración debían añadirse los bienes de dominio y uso público de las comunidades autónomas.

Con la nueva modificación de este precepto por el RD 1867/1998, se establece que «Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción conforme a su legislación especial». Con ello se ha eliminado la exclusión que, con respecto a los bienes demaniales, se establecía en este precepto.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2. MODIFICACIONES EN LA FINCA Y RECTIFICACIONES EN SU DESCRIPCIÓN

2.1. El exceso de cabida

A veces puede ser que la extensión de la finca reflejada en el Registro no se corresponda con la que realmente tiene, porque en el mismo se exprese mayor o menor cabida que la que le corresponde en la realidad extrarregistral.

En principio puede parecer que ello no tiene gran relevancia desde punto de vista registral ya que la identificación de la finca objeto del derecho inscrito, que es la cuestión que más preocupa al Registro, se determina por sus linderos, y, a tal fin, puede ser indiferente la extensión o cabida que en el mismo se refleje. A esta impresión contribuye también el hecho de que los datos físicos de la finca no estén amparados plenamente por los efectos sustantivos de la publicidad (Valpuesta).

Sin embargo, no se puede mantener esta opinión, pues con la misma se frustraría una de las finalidades asignadas al Registro, cual es la de reflejar la realidad de la propiedad inmobiliaria para información de los terceros interesados en adquirir una finca que ya está inmatriculada, a cuya consecución tienden las últimas reformas del Registro y del Catastro. También, porque para el contenido del derecho de que se trate no es totalmente indiferente la extensión asignada a la finca sobre la que recae.

Por todas estas razones se deben establecer procedimientos adecuados para que pueda modificarse el Registro cuando no coincida con la realidad extrarregistral.

La modificación de la cabida de la finca tiene una relevancia completamente diferente según que se quiera reflejar una menor extensión de la que figura en el Registro o, por el contrario, una mayor extensión, pues los intereses de los titulares de fincas colindantes se pueden ver afectados de muy distinta forma. En efecto, respecto a este último supuesto puede ocurrir que, so pretexto, de un cambio de cabida se pretenda realmente alterar los linderos de la finca, en perjuicio de estos titulares colindantes, que pueden ver reducido el objeto de su derecho.

Por todo ello, cuando el Registro expresa mayor extensión que la que tiene la finca, la modificación de ese dato no plantea ningún problema, y por ello no se prevé ningún procedimiento específico, sino que se puede utilizar cualquier título inscribible para reflejar esta variación.

El supuesto de que el Registro exprese menor extensión puede provocar, sin embargo, algunos problemas, porque se puedan ver afectados los intereses de los titulares colindantes. Por esta razón, en la legislación hipotecaria se prevén distintos procedimientos para que se pueda modificar el Registro en relación con la menor cabida:

> En el artículo 200 LH se establece que para hacer constar el exceso de cabida [si bien referido solamente a la menor extensión] se podrá utilizar: el expediente de dominio, el acta de notoriedad. No obstante el silencio del artículo 200, también puede usarse el título público al que se refiere el artículo 205 LH, puesto que también constituye un medio de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

inmatriculación; además, en el artículo 298.3 RH sí que se contempla su posibilidad para la inmatriculación de los excesos de cabida.

La regulación del RH con respecto a los procedimientos para hacer constar los excesos de cabida fue objeto de reforma por el RD 1867/1998, especialmente respecto a las exigencias de expresar la referencia catastral y a la incorporación de certificación catastral, descriptiva y gráfica que permita la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida.

2.2. Declaración de obra nueva

La obra nueva consiste en cualquier alteración de la estructura y contenido de una finca, que consista en la construcción de un edificio sobre un solar, o en la transformación de una explotación agraria, o en la realización de otro tipo de mejora. Estas modificaciones en la finca pueden acceder al Registro por tres medios, regulados en los artículos 208 LH y 308 RH.

1.º Mediante la descripción de la obra nueva en el título en el que se transmita, modifique o extinga un derecho inscribible (arts. 208 LH y 308 RH).
2.º Mediante escritura pública en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que éste describa la edificación, acompañando certificado del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal (arts. 208 LH y 308 RH). Este es el procedimiento para inscribir *a posteriori* la obra nueva que no lo fue en el momento de su realización.
3.º También puede acceder de forma separada, mediante declaración del titular registral, que deberá reflejarse en escritura pública (RGRN 18 de abril de 1988 manifiesta estar reintegrado de su importe por el propietario, o se acompañe certificado del arquitecto director de la obra, o del arquitecto municipal).

2.3. Modificaciones registrales de las fincas

Existen una serie de supuestos en los que las alteraciones físico-jurídicas que se producen en la finca trascienden al folio real, en el que la misma figura, provocando, en su caso, la apertura de un nuevo folio, o el cierre de un folio. Son los casos de agrupación, agregación, segregación y división de fincas registrales.

a) Agrupación. Por la agrupación, dos o más fincas, continuas o discontinuas, se reúnen para formar una sola. Esta finca pasa a un nuevo folio registral, con lo que se le otorga nuevo número de finca y se produce el cierre registral de aquellos folios en los que constaban las antiguas fincas. Este

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

supuesto se regula en el artículo 45 RH, que prevé la necesaria constancia de tal modificación en los respectivos folios, mediante nota marginal.

b) Agregación. Mediante la agregación se incorpora a una finca registral, una o varias fincas inscritas o una a o varias partes que se segregan de otra. Para esta operación registral se requiere que el trozo o finca que se incorpora no supere la quinta parte de la extensión de aquella a la que se une (art. 48 RH). Este supuesto, a diferencia del anterior, no supone la apertura de un nuevo folio, ni tampoco del cierre de otro, cuando el objeto de la incorporación sea solo una parte de otra finca ya registrada. Si lo que se añade es la totalidad de una finca, la operación registral provocará necesariamente el cierre del folio perteneciente a esta última, circunstancia que se expresará mediante las oportunas notas marginales de referencias.

Con la agregación deberán reflejarse las cargas que afectan a la parte o finca que se agrega, dado que este tipo de modificación no puede afectar a los derechos de terceros.

c) Segregación. Esta operación registral supone un fenómeno inverso a los anteriormente descritos, en cuanto que está contemplando la separación de parte de finca registral para formar una nueva, a la que se abre un nuevo folio (art. 47 RH), o para agregarse a otra ya existente. En la nueva inscripción se deberán reflejar, igualmente, las cargas y derechos vigentes sobre la parte segregada. Ambos folios, el del resto de la finca que permanece y el nuevo, se ponen en relación mediante las pertinentes notas marginales.

Este tipo de modificación solo se podrá realizar si es posible desde un punto de vista material y jurídico, en el sentido de que lo que reste de la finca cuya segregación se pretende pueda ser considerado finca registral (R. 18 de abril de 1988), y no exista disposición normativa que lo impida, como las que regulan las unidades mínimas de cultivo, para la propiedad agraria, o la parcela indivisible, en la propiedad urbana.

d) División. Se refiere este último supuesto, como indica su nombre, a la división de una finca en dos o más suertes o porciones, que pasan a formar fincas independientes, con nueva numeración (art. 46 RH). En las nuevas inscripciones se expresará la procedencia de la finca, así como la de los gravámenes que le afecten.

Mediante esta operación se cierra un folio real y se abren tantos como nuevas fincas se forman, circunstancia que se expresará mediante nota marginal en cada uno de estos folios.

Las operaciones anteriormente descritas podrán acceder al Registro mediante escritura pública, en la que conste la declaración del propietario de tales fincas, cuando se hagan unilateralmente por este; o por el negocio que ha provocado dicha modificación de la finca, que deberá asimismo reflejarse en escritura pública.

En el documento público deberá describir constar una serie de datos de las fincas afectadas por cada una de estas operaciones, y que consisten sustancialmente en la descripción de las mismas, con fijación de su extensión y linderos, si quedan afectados por la operación practicada. Asimismo estas modificaciones podrán realizarse mediante sentencia firme o acto administrativo (Lacruz).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3. ACTOS Y DERECHOS QUE TIENEN ACCESO AL REGISTRO

El objeto del Derecho inmobiliario registral lo constituye aquello que es susceptible de acceder a los Libros del Registro (Chico y Ortiz). La Ley Hipotecaria que utiliza una variada terminología a la hora de declarar que es susceptible de inscripción, haciendo referencia a actos y contratos, títulos y derechos. Así, el artículo 1 LH establece que «el Registro de la propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles»; el artículo 2 LH menciona que «se inscribirán los títulos traslativos o declarativos […], los títulos en que se constituyan» y, finalmente, el artículo 9.3 LH hace referencia a derechos objeto de inscripción.

Nuestro Registro de la Propiedad es un registro de títulos. La expresión título es empleada en la legislación hipotecaria en un doble sentido, en sentido material y formal. En sentido material o sustantivo, título inscribible es el objeto mismo de la inscripción (el acto, o negocio jurídico que, según Roca Sastre, produce la mutación jurídico-real), mientras que en el formal o instrumental se entiende el documento en el que está consignado el título inscribible en sentido material (R. 19-1-1994). Los títulos en sentido formal son los mencionados en el artículo 3 LH: «escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma en que prescriban los reglamentos».

Según Roca Sastre, lo que es objeto directo de inscripción es el acto o negocio jurídico que produce una mutación jurídico-real (es decir, que constituye, declara, crea, transmite, modifica o extingue derechos reales). Así pues, los derechos reales son un resultado o reflejo de la inscripción de los actos de mutación jurídico-real (los títulos materiales). No obstante, como licencia y para mayor claridad expositiva se puede hablar de derechos reales inscribibles, pero solo en el sentido de quedar reflejados en el Registro.

3.1. Derechos inscribibles

A. Derechos reales inscribibles

En el art. 2 LH, que es una manifestación del *título en sentido material*, aparece una relación de los derechos reales inscribibles:

1º. Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

2º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

En la legislación hipotecaria se recogen de forma dispersa otros supuestos de derechos inscribibles: el derecho de superficie (art. 16.1 RH) declarado

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

nulo por sentencia de 31 de enero de 2001, pero de obligada inscripción por exigirlo el artículo 53.2 TRLSRU/2015, el derecho a elevar o profundizar nuevas plantas (art. 16.2 RH); el derecho real de vuelo (art. 30.3 RH), y el derecho real de anticresis (art. 216 RH).

La enumeración de derechos reales inscribibles no se circunscribe al artículo 2 LH, y al resto de preceptos mencionados. Puesto que nuestro sistema hipotecario sigue la teoría del *numerus apertus* de los derechos reales (RDGRN 7-1-1994) y en consecuencia, en principio se inscriben todos aquellos que tienen trascendencia real. Es decir, los que afectan a la finca con independencia de quien sea su titular o propietario.

El fundamento al *numerus apertus* se encuentra en el artículo 7 RH, que amplía el número de derechos reales inscribibles al declarar que: «cualesquiera otros [títulos] relativos a derechos de la misma naturaleza [de dominio o derechos reales], así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del domino sobre inmuebles o inherentes a los derechos reales».

Es decir, que la Ley Hipotecaria, al aceptar la teoría del *numerus apertus* (R. 7-1-1994) en materia de derechos reales inscribibles, permite la inscripción tanto los derechos reales típicos como aquellos atípicos creados por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, a pesar de la declaración del artículo 7 RH, no se establece por la legislación hipotecaria los requisitos exigibles a los derechos reales creados por los particulares (Díez-Picazo y Gullón).

La tarea de determinar que derechos reales atípicos son inscribibles corresponderá al registrador a través de su función calificadora. Este, además, incluso a la hora de inscribir los derechos reales típicos tendrá que someterlos a una criba o selección, puesto que el artículo 51.6.º RH se prohíbe la inscripción de «estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

Se puede concluir que los derechos reales inscribibles son el dominio y todos los derechos reales limitados sobre inmuebles susceptibles de tráfico jurídico o como establece la resolución de la DGRN de 25-4-1996, «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de los actos y contratos de trascendencia jurídico-real inmobiliaria».

B. Los derechos personales inscribibles

El sistema registral español niega como principio general el acceso al Registro Civil de los derechos personales, en virtud de lo establecido en el artículo 9 RH; sin perjuicio de que se inscriba la garantía real para asegurar su cumplimiento, o puedan ser anotados preventivamente de conformidad con lo establecido en el artículo 42 LH (Díez-Picazo y Gullón).

No obstante, en la legislación hipotecaria podemos encontrarnos con varias excepciones, al principio de la no inscripción de derechos personales:

1.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos (art. 2.5 LH).

2.º El derecho de retorno al piso o local arrendado (art. 15 RH).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3.º El contrato de opción de compra o el pacto o cláusula que lo determine en otro contrato inscribible (art. 14 RH).
4.º Las cesiones de suelo por obra futura (art. 13 RH) . No obstante, este precepto fue derogado por STS (S. 3.ª) de 31 enero 2001.
5.º Los estatutos de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal (art. 8.4 LH).

A estos supuestos hay que añadir todos aquellos contemplados por la legislación urbanística que tienen acceso al Registro (Díez-Picazo y Gullón).
La circunstancia de que se permita expresamente la inscripción de algunos derechos personales no los transforma en derechos de naturaleza real, sino que únicamente autoriza su inscripción.
Los demás derechos personales no podrán acceder al Registro de la Propiedad, tal como expresamente dispone el artículo 9 RH, sin perjuicio de que se inscriba la garantía real para asegurar su cumplimiento, o puedan ser anotados preventivamente de conformidad con lo establecido en el artículo 42 LH (Valpuesta).

C. Inscripción de titularidades fiduciarias

Según el artículo 2.3 LH, serán inscribibles «Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado».
De acuerdo con Lacruz, este apartado del artículo 3 hace referencia a los denominados negocios fiduciarios; en el supuesto contemplado en el este precepto encaja perfectamente un negocio muy frecuente en la realidad como es la adjudicación de bienes de una herencia a uno de los herederos, a fin de que con el importe de su venta atienda al pago de las deudas hereditarias.

D. Inscripción de resoluciones judiciales

Según el artículo 2.4 LH, son inscribibles en el Registro de la Propiedad: «Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes». Este precepto se desarrolla reglamentariamente por el artículo 10 RH.
Las resoluciones judiciales mencionadas tradicionalmente se inscribían en el Libro de Incapacitados, que ha sido suprimido por el RD 1867/1998, pasando a denominarse «Libro de alteraciones de las facultades de administración y disposición».

E. Anotaciones preventivas

En virtud del artículo 42 LH también son inscribibles las anotaciones preventivas de demanda, de mandamientos de embargo, de sentencia ejecutoria, etc.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3. 2. Derechos excluidos del Registro

En principio, deben considerarse excluidos del Registro todos aquellos derechos que no tengan carácter real y todos aquellos que no recaigan sobre bienes inmuebles. Igualmente están excluidos todos aquellos que se encuentren fuera del tráfico jurídico. Así pues, según Chico y Ortiz, se consideran excluidos los siguientes derechos:

a) Los derechos personales, con las excepciones anteriormente señaladas.
b) Los meros hechos. La posesión, como mero hecho (*ius possessionis*) no es susceptible de inscripción por prohibirlo expresamente el artículo 5 LH*:* «Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles».
c) Los derechos reales sobre bienes muebles. Si bien estos derechos reales serán inscribibles de acuerdo con lo establecido en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.
d) Los bienes inmuebles no susceptibles de tráfico jurídico. Tradicionalmente quedaban exentos de inscripción los bienes de dominio público, los bienes municipales y provinciales, las servidumbres legales y los templos destinados al culto católico. Tras la reforma efectuada por el RD 1867/1998 desaparece aquella exclusión al establecer el artículo 5 RH: «Los bienes de dominio público también podrán ser objeto de inscripción conforme a su legislación especial».

4. EL TITULAR REGISTRAL

El titular registral es aquella persona física o jurídica, pública o privada, a la que pertenece, con carácter exclusivo o en régimen de comunidad y según el Registro, el derecho, la facultad o expectativa inscrita o anotada. El titular será quien se beneficie de los efectos sustantivos que se deriven de la publicidad registral (Valpuesta).

El titular registral accede al Registro en virtud del título inscrito y será mantenido en su condición de titular hasta que no se practique una inscripción contradictoria de su situación registral, o se cancele o caduque el asiento practicado a su favor (Valpuesta).

El titular ha de existir al tiempo de la inscripción salvo los supuestos de los concebidos pero no nacidos, cuando sean beneficiarios de disposiciones a su favor. En todo caso, el titular ha de estar determinado o ser susceptible de determinación según los datos que consten en el Registro (Lacruz y Sancho).

En el artículo 51.9 RH se establece como deben ser identificados los titulares registrales, así como las personas de quienes procedan los derechos.

A. En el caso de personas físicas, se harán constar todas las circunstancias relativas a su estado civil, así como su DNI, nacionalidad, vecindad

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

civil y domicilio, asimismo la identificación de su cónyuge y régimen económico-matrimonial, en su caso.

B. En el supuesto de personas jurídicas, deberá constar su clase, denominación, el número de identificación fiscal, la inscripción en el Registro correspondiente, su nacionalidad y su domicilio.
C. En el caso de que el titulo se haya inscrito por un representante legal o voluntario, deberán constar las circunstancias que identifiquen al representante y las de la representación.
D. Si las circunstancias del titular ya constasen en otro asiento del mismo folio registral, podrá consignarse en el nuevo asiento solo el nombre y apellidos, si es persona física o la clase y denominación si es persona jurídica.

En el caso de tratarse de titulares de fincas o derechos inscritos en régimen de comunidad, deberá constar la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos (art. 54 RH).

Una vez que se han inscrito los datos exigidos para la identificación del titular registral, las alteraciones que se produzcan con posterioridad solo podrán acceder al Registro mediante la inscripción de un nuevo título. Únicamente el cambio de domicilio puede hacerse constar a través de nota marginal.

5. EL CATASTRO

5.1. Concepto y funciones

La descripción de la finca en el Registro se hace para determinar quién es su propietario y quiénes los titulares de derechos reales limitados sobre la misma. Pero muchas veces la Administración necesita saber, casi siempre con fines fiscales, descripciones más detalladas, completas, gráficas, y ceñidas a la consistencia física del inmueble. Esta descripción, que no la proporciona el Registro, corresponde al Catastro.

Según Roca Sastre, el catastro «es un registro, censo, padrón, catálogo o inventario de la riqueza territorial de un país en el que se determinan las fincas, rústicas o urbanas, del mismo mediante su descripción o expresión gráfica, así como su evaluación o estimación económica, al fin primordial de tipo fiscal o tributario y a los fines auxiliares de orden económico, administrativo, social y civil».

Así pues, en teoría, Registro y Catastro son absolutamente distintos, siendo finalidad del Catastro la *representación gráfica* de los inmuebles individualizándolos, y la finalidad del Registro es la *representación jurídica* de los bienes inmuebles y derechos reales limitados, y tiene por objeto la toma de razón de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles.

El Catastro se regula por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro inmobiliario,

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

que entre otras normas derogó la Ley de 23 de marzo de 1906, que establece el Catastro Topográfico Parcelario. En su artículo 1 se establece la definición legal del catastro: «El Catastro Inmobiliario es un registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales tal y como se definen en esta ley».

En nuestro país la legislación hipotecaria ha funcionado tradicionalmente sin el apoyo del Catastro, puesto que se pensaba que al adoptarse el sistema del *folio real*, en el que el Registro se llevaba por fincas y por personas, bastaba con una buena descripción de la finca, con los datos exigidos por la Ley, para identificar la finca (Chico y Ortiz).

En España el acercamiento entre Catastro y Registro se ha producido en virtud de dos leyes:

a) La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que en su Sección 4.ª «De La Referencia Catastral» (arts. 50 a 57) introduce la necesidad de la constancia registral de la referencia catastral. Ahora esta obligación se establece en el artículo 48 TRLCI:

> Artículo 48. Constancia registral de la referencia catastral.
>
> 1. La constancia de la referencia catastral en los asientos del Registro de la Propiedad tiene por objeto, entre otros, posibilitar el trasvase de información entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario.
> 2. El registrador, una vez calificada la documentación presentada, recogerá en el asiento como uno más de los datos descriptivos de la finca, la referencia catastral que se le atribuya por los otorgantes en el documento inscribible, cuando exista correspondencia entre la referencia catastral y la identidad de la finca en los términos expresados en el artículo 45.
> 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se podrá reflejar registralmente la identificación catastral de las fincas como operación específica, de acuerdo con lo legalmente previsto.
> 4. Si la referencia catastral inscrita sufriera alguna modificación que no se derive de una modificación de las características físicas de la finca, bastará para su constancia la certificación expedida al efecto por el Catastro.
> 5. Las discrepancias en la referencia catastral no afectarán a la validez de la inscripción.

b) El RD 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del RH, entre los cuales el artículo 51 del RH, que admite la posibilidad de la aportación de planos de identificación, considerando la descripción perimetral de la finca como el medio preferente de identificación.

5.2. La base cartográfica en los registros de la Propiedad

Mediante Instrucción de 2 de marzo de 2000 de la DGRN, se implantó la base cartográfica en los registros de la Propiedad.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Este ambicioso proyecto, tratará de identificar gráficamente todas las fincas situadas en territorio nacional, entendiendo por tales las superficies de suelo delimitadas poligonalmente cuya propiedad pertenezca a una o a varias personas pro indiviso. La referencia catastral será el elemento principal utilizado para la localización e identificación gráfica. Se definen los casos en los que se produce la identificación de las fincas catastral y registral, admitiendo una diferencia de superficie de hasta el 10 %. Se prevé un deslinde mediante instancia dirigida al Registrador o mediante acta notarial de deslinde, para adecuar la finca registral a la descripción gráfica. En los títulos en los que no haya coincidencia con la representación gráfica de la finca, los otorgantes han de manifestarlo así, aunque ello no representará por sí solo un defecto que impida la inscripción. Cuando el Registro de la Propiedad cuente con base gráfica a las notas simples y certificaciones se les incorporará una representación gráfica correspondiente a la zona. Se determina el procedimiento a seguir para el mantenimiento de la base gráfica que se realizará por el propio registrador.

En el artículo 9 LH al expresar los requisitos de las inscripciones en el Registro se hace referencia a las bases gráficas. Esta incorporación de las bases gráficas se produce como consecuencia de la disposición adicional 28 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

En los apartados 1 a 3 del artículo 9 se establece:

> Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente.
> Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente.
> Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a estas de la calificación.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 4. La inscripción

1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA INSCRIPCIÓN

1.1. Introducción

En nuestro sistema registral la inscripción cierra el ciclo de la constitución del derecho real sobre la propiedad inscrita, si bien tiene carácter complementario del título y de la tradición, puesto que las mutaciones jurídico-reales se producen al margen del Registro. La inscripción no tiene carácter constitutivo, no hace nacer derechos, salvo el caso de las hipotecas y otros supuestos (Chico y Ortiz).

Con relación a los efectos de la inscripción, el artículo 32 LH establece que «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». Es decir que el derecho real constituido sobre bienes inmuebles que no esté debidamente inscrito o anotado puede ser siempre ignorado por el tercero que adquiera la finca e inscriba su título. El derecho real no inscrito carece de eficacia *erga omnes* cuando recaiga sobre la finca inscrita y no se inscribe (Chico y Ortiz).

1.2. Inscripción y asiento

El artículo 41 RH dice: «En los libros del Registro de la Propiedad se practicarán las siguientes clases de asientos o inscripciones: Asientos de presentación; inscripciones propiamente dichas, extensas o concisas, principales y de referencia; anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales».

Asiento , en general, es la anotación o apunte de algo, extendido en un libro, documento o papel; en igual sentido se manifiesta el *Diccionario de la lengua española* para la que asentar es «anotar o poner por escrito algo para que conste». De modo que cuando el artículo 41 RH se refiere a la palabra «inscripciones» lo está haciendo en una doble acepción: en sentido amplio, como sinónimo de asiento y en sentido estricto, como «asiento de inscripción propiamente dicho».

Para Jerónimo González, los asientos son «consignación manuscrita de una declaración formal en los libros del Registro». Ahora bien, ni la LH ni su

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Reglamento proporcionan un concepto de lo que debe entenderse por asiento, pese a su extraordinaria importancia.

Señala Díez-Picazo, que si la publicidad relativa a la situación jurídico-real de los bienes inmuebles, que constituyen el eje central del Derecho registral, tanto en su sentido material como en su sentido formal, se realiza almacenando informaciones en libros, resulta claro que la operación fundamental que en el Registro se practica es la realización de los asientos en libros.

1.3. Clases de asientos

Los asientos enumerados en el artículo 41 RH, según Roca Sastre, pueden clasificarse según sus caracteres en:

1. Asientos principales y accesorios, según tengan virtualidad y contenido propios o se refieran a otros asientos, a cuyo servicio estén: es principal la *inscripción propiamente dicha* y es accesoria la *nota marginal*.
2. Asientos definitivos y provisionales, según tengan una duración indefinida, como los *asientos de inscripción y de cancelación*, o tengan una duración temporal o previamente limitada por la ley, estando destinados a ser convertidos en otros asientos o a extinguirse por caducidad, como ocurre con el *asiento de presentación* y las *anotaciones preventivas*.
3. Asientos preparatorios y definitivos, según que tengan por fin preparar otro asiento posterior, como el asiento de presentación y algunas anotaciones preventivas, o constituyan desde el principio un asiento duradero, como la inscripción en general.
4. Asientos de carácter positivo y negativo, según que hagan constar la existencia de un derecho, como las *inscripciones en sentido propio*, o constaten la extinción de un derecho o asiento, como la *cancelación*.

2. EL ASIENTO DE INSCRIPCIÓN

2.1. Concepto

El asiento de inscripción en sentido estricto, es una clase de asiento más, dentro de los enumerados en el artículo 41 RH. Según Roca Sastre, se trata de un «asiento principal, definitivo y de carácter positivo, que se practica en los libros de inscripciones y en el que se hace constar de un modo completo la constitución, transmisión o modificación de un derecho real inmobiliario».

De acuerdo con Roca Sastre, presenta las siguientes características:

1.º Es un asiento principal, con subsistencia propia, lo que lo diferencia de las anotaciones preventivas que tienen carácter accesorio. El asiento de inscripción, dice Albaladejo, es el más importante de los que se practican

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

en el Registro, por ser el centro del sistema registral, los demás giran en torno a él.

2.º Es un asiento definitivo, lo que lo diferencia de las anotaciones preventivas que son asientos provisionales o transitorios; destinados a veces a convertirse en inscripciones o a caducar.

3.º Es un asiento de carácter positivo, a diferencia de las cancelaciones.

4.º Es un asiento que se extiende en el Libro de Inscripciones. Este libro se llama así por practicarse en él los asientos de inscripción, si bien este libro no solo recibe este tipo de asientos, sino todos los demás a excepción del de presentación que se practica en el Libro Diario de operaciones (Albaladejo). Dentro del folio real correspondiente a cada finca, los sucesivos asientos de inscripción pertenecientes a la misma van numerados de forma correlativa con numeración ordinal (art. 8 LH).

5.º Es un asiento en el que se hace constar la constitución, transmisión o modificación de un derecho real inmobiliario, así como los demás actos objeto de inscripción exigidos por artículo 9 LH, formando todo ello su contenido típico.

2.2. Clases de asientos de inscripción

Siguiendo a Roca Sastre, las inscripciones o asientos de inscripción se pueden clasificar en:

a) Inscripciones extensas y concisas. Las inscripciones extensas son las de contenido corriente. Las inscripciones concisas solo se usan en determinados supuestos y a los efectos de evitar repeticiones de datos que constan en el historial de la finca admite que se practique inscripciones más breves, por ello llamadas concisas que a su vez se remiten a las extensas.
Cuando se trata de «inscripciones extensas» ha de contener todas las circunstancias expresadas en los artículos 9 LH y 51 RH. Las denominadas «inscripciones concisas» solamente deben contener las circunstancias indicadas en los artículos 245 a 247 de la LH y 52 del RH.

b) Inscripciones comunes y especiales. Las primeras son las inscripciones ordinarias, por no estar sujetas a ninguna regla especial importante. Las segundas son aquellas que han sido objeto de alguna excepción legal o reglamentaria. Son inscripciones especiales las de aguas, minas, ferrocarriles, concesiones administrativas, etc. La descripción de estas fincas ya no puede hacerse con arreglo al artículo 9 LH, sino que ha de ser completada con los requisitos exigidos por el artículo 60 y ss. RH.

c) Inscripciones principales y de referencia. En muchos supuestos de inscripciones especiales (minas, ferrocarriles, etc.) la finca, en su unidad, puede extenderse al territorio de varios registros, o ayuntamientos o secciones de un mismo Registro. En este casos en el punto de arranque de la concesión o cabecera de la mina se practicará una inscripción principal comprensiva de la totalidad de la finca y en los libros de otros ayuntamientos se

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

practicará, bajo hoja especial, un breve asiento de referencia a la inscripción principal.

d) Inscripciones primera y posteriores. Aquellas son las inscripciones que abren hoja o folio registral. Las fincas ingresan en el Registro mediante un primer asiento de inscripción, al ser inmatriculadas, es por ello que la inscripción primera ha de ser siempre de dominio. Las otras son las que se extienden posteriormente. Ambas presentan una serie de diferencias:

En el aspecto sustantivo o material las segundas inscripciones producen los efectos hipotecarios normales, mientras que en las primeras son más limitados.

En el aspecto formal las segundas o posteriores no tienen que repetir la descripción registral de la finca, salvo la necesidad de expresar las diferencias entre lo ya inscrito y el nuevo título presentado a inscripción (*vid.* art. 51.4 RH).

e) Inscripciones de inmatriculación e hipotecarias. Salvo el caso de la formación de nueva finca por agrupación o segregación, las inscripciones primeras son asientos de inmatriculación, puesto que introducen la finca en el Registro. Las inscripciones posteriores, por no tener esta particularidad se denominan inscripciones hipotecarias. Si bien también son inscripciones inmatriculadoras las de exceso de cabida u obra nueva (Roca Sastre).

f) Inscripciones constitutivas y declarativas. Las primeras son aquellas que son requisito indispensable, junto con el acto jurídico (título y modo) para que se produzca el nacimiento del derecho como sucede con la hipoteca. El resto de inscripciones son declarativas, puesto que solo publican la constitución o modificación del derecho, que ya se ha producido al margen del Registro.

g) Inscripciones relativas a derechos y a hechos. Las primeras constatan la constitución, transmisión o modificación de un derecho real. Las segundas solo la realización de un hecho, como por ejemplo las inscripciones de obra nueva.

2.3. Requisitos del asiento de inscripción

En la legislación hipotecaria española, en la que se inscribe un extracto del contenido del título inscribible, es requisito imprescindible el precisar los datos o circunstancias que deben expresarse en los asientos de inscripción (Roca Sastre).

La legislación hipotecaria determina los requisitos que deben expresar los asientos de inscripción en los artículos 9 LH y 51 RH.

En las inscripciones extensas deben consignarse los siguientes datos (art. 9 LH):

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquélla. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes:

1.º La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren del título.
Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente.
Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente.
Los Registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a estas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente.
2.º La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título.
3.º El derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción.
4.º La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción.
5.º La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.
6.º El título que se inscriba, su fecha, y el Tribunal, Juzgado, Notario o funcionario que lo autorice.
7.º La fecha de presentación del título en el Registro y la de la inscripción.
8.º La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la inscripción, con la copia del título de donde se hubiere tomado.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo especialmente establecido para determinadas inscripciones [inscripciones especiales].

Los datos relativos a las inscripciones concisas aparecen reflejados en los artículos 245 a 247 LH y 52 RH.

3. INSCRIPCIONES CONSTITUTIVAS Y DECLARATIVAS

Según la incidencia que tenga la inscripción de un derecho real en el Registro de la Propiedad para su nacimiento, modificación o extinción, nos encontraremos frente a un sistema de inscripción facultativa o constitutiva. La inscripción es constitutiva cuando la efectiva transmisión o constitución de un derecho real no se produce hasta que este accede al Registro. La inscripción es declarativa cuando mediante la misma únicamente se da publicidad a la mutación jurídico-real que se ha producido antes de ingresar en el Registro.

En nuestro ordenamiento jurídico, el nacimiento, modificación y extinción de los derechos reales se produce válidamente con la concurrencia del título y

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

el modo, con independencia de su ingreso o no en el Registro de la Propiedad, es decir, que las mutaciones jurídico-reales sobre bienes inmuebles se realizan fuera del ámbito del Registro. Como consecuencia de ello, la regla general es que la inscripción en nuestro sistema es declarativa.

En el Derecho español, el dominio puede adquirirse y los derechos pueden constituirse, llevando una vida plenamente eficaz fuera del Registro e incluso, en ocasiones en contradicción con el mismo (Chico y Ortiz).

Como excepción a esta regla de la inscripción declarativa, puede suceder que, en algunos supuestos, la inscripción sea constitutiva, es decir, que cuando se produzca la inscripción junto a otros requisitos previos de carácter necesario, se dará vida al derecho real.

Como supuestos de inscripción constitutiva se reconoce básicamente:

1.º La inscripción de la hipoteca inmobiliaria, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1875 CC y 145 LH; según este último, para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere: 1) que se hayan constituido en *escritura pública*, y 2) que la escritura se haya *inscrito en el Registro de la Propiedad.*
2.º La anotación preventiva de embargo (art. 43.3 LH), según Roca Sastre.
3.º La inscripción del derecho de superficie, que conforme a lo dispuesto en el anulado artículo 16 RH para su eficaz constitución deberá verificarse en el Registro de la Propiedad. La nulidad del precepto del RH ha sido salvada por el artículo 40 del TRLSRU/2015, que exige su constitución mediante escritura pública y su inscripción en el Registro.
6.º Las inscripciones procedentes de concentración parcelaria (arts. 235 y 236 Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto fue aprobado por Decreto 118/1973). En la mayoría de las CC. AA. se ha legislado sobre concentración parcelaria. En el caso de la Ley 1/2014, de 19 de marzo, Agraria de Castilla y León, se establece que se inscribirán los títulos de concentración en el Registro de la Propiedad en su artículo 51.

4. INSCRIPCIONES OBLIGATORIAS Y FACULTATIVAS

Las inscripciones constitutivas no deben confundirse con las obligatorias: en estas últimas, el proceso jurídico-real se realiza fuera del Registro, si bien la ley impone su posterior inscripción de una manera forzosa o coactiva. Es decir: existe un imperativo legal ordenando que se lleve a cabo una determinada inscripción, pero su omisión no altera aquella mutación jurídico-real ya operada, puesto que el derecho real nace, se modifica o se extingue al margen de su inscripción o no en el Registro de la Propiedad.

La norma general en nuestro sistema registral es la inscripción facultativa y la excepción la obligatoria.

No existe gran unanimidad a la hora de calificar las inscripciones como obligatorias, pero se pueden enumerar, entre otras:

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

- La obligación que tienen las corporaciones locales de inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales, según el artículo 36.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 junio 1986, aprobado por RD 1372/1986, de 13 de junio.
- Las fincas y derechos reales resultantes de la concentración parcelaria (art. 33 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973).
- La inscripción de montes catalogados. La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, establece un Catálogo de Montes de Utilidad Pública que es un registro de naturaleza administrativa (art. 16). En el artículo 18 de la ley de montes se establece la obligación de inscribir los montes catalogados en el Registro de la Propiedad (art. 18.3.).
- La que se practica a instancia del titular de un derecho real limitado sobre finca no inscrita en el Registro, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32.1 RH.

5. INSCRIPCIÓN Y TRADICIÓN

El Código Civil mantiene en el artículo 609.2 que «la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Esta es la llamada teoría del título (contrato de finalidad traslativa) y del modo (*traditio o entrega de la cosa vendida*).

En el Derecho español la mayoría de la doctrina opina que:

1.º *La inscripción no sustituye a la tradición* (Roca Sastre. Castán, Lacruz), puesto que en nuestro ordenamiento jurídico las transmisiones *inter vivos* se rigen por la teoría del título y del modo, es decir, que se requiere la existencia de un título (o contrato antecedente) y un modo que requiere la tradición, entrega o puesta a disposición de la cosa (arts. 609, 1095 y 1462 a 1464 CC).
La tradición y la inscripción son dos elementos de distinta naturaleza: el primero está destinado a perfeccionar el proceso adquisitivo y el segundo está destinado a dar publicidad a la titularidad que es consecuencia de la transmisión.
La propiedad y los demás derechos reales se adquieren y se transmiten en nuestro ordenamiento jurídico por medio de actos y contratos seguidos de la tradición: el Registro recibe la transformación jurídico-real cuando ya se ha producido de conformidad con los propios principios previstos por el Código Civil en esta materia. De ahí que el acceso al Registro presupone la concurrencia del título y del modo.

2.º *La inscripción sustituye a la tradición en un solo caso en concreto*. Esta es la postura de Núñez Lagos referida al tema de la doble venta contemplada en el artículo 1473 CC que establece que «Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores la propiedad se transferirá la

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

persona que primero haya tomada posesión de ella con buena fe, si fuera mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando esta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

6. LA INADMISIBILIDAD DE LOS DOCUMENTOS NO INSCRITOS

En nuestro sistema registral la regla general es la de la inscripción voluntaria o facultativa, y excepcionalmente es obligatoria o coercitiva. Sin embargo, a estas precisiones debe añadirse que en nuestro Ordenamiento hipotecario la inscripción está fuertemente estimulada; ya en forma positiva, atribuyendo al ingreso en el Registro un creciente número de ventajas, ya de forma negativa e indirecta, limitando la eficacia de los derechos no inscritos, como medio de impulsar a los particulares a inscribirlos.

La finalidad del renumerado artículo 319 LH no es otra que la de fomentar la inscripción de los derechos, estableciendo para ello la inadmisibilidad de los documentos o escrituras que pudiendo haber sido inscritas no lo han sido (Valpuesta).[12]

Este precepto alteró el sistema de la legislación anterior que introducía la denominada normativa de la ineficacia procesal absoluta de los documentos no inscritos*,* que venía a establecer que si bien la inscripción continuaba siendo potestativa y de efectos declarativos, será premisa ineludible para el ejercicio de los derechos sobre los inmuebles. De esta forma, si bien no se le da a la inscripción carácter constitutivo, se le da tan singular sustantividad que solamente las relaciones inscritas producirán plena eficacia legal (Chico y Ortiz).

Consecuentemente con aquella doctrina el artículo 319 LH establece que «Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado, no admitirán ningún documento o escritura que no se haya tomado razón en el Registro por los cuales se constituyan, reconozcan, transmitan o modifiquen, o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si el objeto de la inscripción fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito. Si tales derechos hubieran tenido ya acceso al Registro, la inadmisión procederá cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerles valer ante los Tribunales, Consejos y Oficinas expresados».

En este artículo, según Roca Sastre, se sigue el criterio de la inadmisibilidad, por parte de los organismos oficiales, de los títulos en los que conste algún acto registrable no registrado y que les fueren presentados para hacerlos valer contra cualquier persona si se refieren a finca inmatriculada, o contra tercero si se refieren a finca no inmatriculada.

12. Artículo 319 renumerado por el número 3 del artículo 101 de la Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Ej.: quien compró una casa mediante escritura pública y no inscribió dicha compraventa en el Registro no podrá utilizar ante el Juzgado la mencionada escritura, si bien el contrato que contiene dicho documento continuará siendo válido, pero para demostrar su validez el comprador tendrá que utilizar cualquier otro medio de prueba.

La doctrina al interpretar el artículo 319 LH distingue dos supuestos (Valpuesta):

a) Que la finca sobre la que recae el derecho reflejado en el documento o escritura no esté inmatriculada. En tal caso la inadmisibilidad del documento únicamente procederá cuando se quiera hacer valer tal derecho contra un tercero.

b) Que la finca esté inmatriculada. En este caso la inadmisión procederá contra cualquier persona contra la que se quiera hacer valer aquel derecho.

La eficacia del artículo 319 LH es limitada y además de carácter meramente procesal, y se complementa con los artículos 585 y 586 RH que establecen, que en el caso del artículo 313 LH (ahora 319) se suspenderá el curso de la demanda, reclamación o expediente hasta que vuelva a presentarse con nota de haberse tomado razón del documento en el Registro.

El artículo 319 LH se desenvuelve en la órbita del artículo 32 LH según el cual «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 5. Los otros asientos del registro. Extinción y caducidad

1. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

1.1. Concepto, caracteres y efectos

Junto al asiento de inscripción la Ley Hipotecaria regula otros asientos más simples y de menor solemnidad que la inscripción, uno de lo cuales es la *anotación preventiva.* La legislación hipotecaria no define la anotación preventiva, limitándose a enumerar sus clases en el artículo 42 LH.

La anotación preventiva, según Valpuesta, es un asiento de vigencia limitada, que viene a completar la información que suministra el asiento de inscripción, publicando situaciones jurídicas que pueden provocar una modificación jurídico-real. La misma tiende a coordinar realidad y Registro, dando entrada a este último a una serie de situaciones que no pueden ser objeto de un asiento de inscripción, pero que, sin embargo, inciden en su contenido. Sirve para avisar al que consulta el Registro de que la realidad que el mismo publica se puede ver alterada, con una importante consecuencia, que este asiento también se beneficiará de la publicidad registral.

Señala Campuzano, como caracteres comunes y formales de toda clase de anotación preventiva:

a) La temporalidad, en cuanto la anotación preventiva es, por su propia índole, un asiento de duración limitada (art. 86 LH: «las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha salvo que aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo de caducidad más breve…»).

b) La eventualidad, en cuanto es propio de ella, el que la relación jurídica a que se refiere, puede resolverse en un determinado sentido o en su contrario.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

c) La medialidad. El que la anotación preventiva no pone término al procedimiento hipotecario, sino que es, simplemente, un trámite del mismo, ya que tras ella ha de venir de otro asiento posterior, que será una inscripción, si el derecho anotado se consolida, o una cancelación, si pierde su virtualidad.

Los efectos de las anotaciones dependen de cada una de las anotaciones, pero tienen un efecto común, la de avisar que se puede producir una modificación en la situación jurídico-real publicada en el asiento de inscripción, a fin de que los terceros adquirentes tengan conocimiento de la misma y no puedan oponer, en caso de que se produzca, la condición de tercer hipotecario del artículo 34 LH. El tercero nunca podrá alegar la buena fe (Valpuesta).

1.2. Clases de anotaciones preventivas

En el artículo 42 LH se establecen las siguientes clases de anotaciones preventivas:

> Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:
>
> 1. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.
> 2. El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor.
> 3. El que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
> 4. El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.
> 5. El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número cuarto del artículo 2 de esta Ley.
> 6. Los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.
> 7. El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría.
> 8. El acreedor refaccionario, mientras duren las obras que sean objeto de la refacción.
> 9. El que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por falta de algún requisito subsanable o por imposibilidad del Registrador, o cuando este inicie de oficio el procedimiento de rectificación de errores que observe en algún asiento ya practicado en la forma que reglamentariamente se determine.
> 10. El que en cualquiera otro caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en esta o en otra Ley.

La enumeración de las anotaciones preventivas no se cierra con el artículo 42 LH, puesto que podemos encontrar otros supuestos en la LH y en el RH.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.3. Categorías de anotaciones preventivas

Las anotaciones preventivas pueden clasificarse en virtud de varios parámetros:

A. Por su función

1.º Anotaciones de mera publicidad registral. Según Roca Sastre, son aquellas que solo constatan en el Registro la existencia de demanda judicial presentada frente a lo inscrito, o aquellas otras en las que se solicita una incapacidad, o una prohibición judicial o administrativa de disponer o enajenar, o de un secuestro judicial o de un título por defectos subsanables o imposibilidad del Registrador no puede ser objeto de asiento de inscripción. Su función es de servir de mero instrumento de publicidad negativa de aquellas situaciones jurídicas que no pueden inscribirse. Ej.: las demandas no pueden inscribirse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 LH, por lo que únicamente puede hacerse publicidad de su existencia a través de la anotación preventiva. La función de estas anotaciones es impedir su inoperancia por efectos de la fe pública del registro. En el caso de la existencia de una anotación preventiva de una demanda de acción reivindicatoria, quien adquiere una finca en la que conste esa anotación preventiva, ya no podrá alegar la buena fe en su adquisición.

2.º Anotaciones constitutivas. Las restantes anotaciones son, en general, constitutivas, y se caracterizan por la constitución registral, provisional y subordinada de un derecho accesorio que viene a reforzar la relación básica. No solo publican la existencia de una relación, sino que además constituyen una especial garantía del registro, en cuanto que garantizan la realización dineraria de la finca o derecho real anotado al modo de una hipoteca. Ej.: las anotaciones de embargo judicial.

B. Anotaciones que no cierran el Registro y otras que provocan su cierre
Las primeras son la regla general en nuestro sistema, ya que la extensión de una anotación no impide que el inmueble sea objeto de nuevas anotaciones. Las segundas, en cambio, impiden la práctica de ningún asiento posterior: por ejemplo, las de prohibición de disponer.

C. Por el modo de acceder las anotaciones en el Registro

1.º Legales o de oficio: son aquellas que debe practicar el registrador por mandato legal.

2.º Voluntarias son las que se practican a solicitud de los interesados (del legatario que no puede promover juicio de testamentaria, acreedor refaccionario, por defecto subsanable, etc.).

3.º Judiciales, las ordenadas por la autoridad (como son las de los cinco primeros números del art. 42 LH).

4.º Administrativas, son las ordenadas por las autoridades administrativas.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

D. Por su objeto o finalidad especial:

1.º Anotaciones preventivas de situaciones inmobiliarias de contención judicial en las que se anota la existencia de la instancia judicial correspondiente. Entran en este grupo las anotaciones de demanda en sus diversas manifestaciones (son las comprendidas en el art. 42.1.º y 5.º LH con sus variantes).
2.º Anotaciones preventivas de secuestro de bienes inmuebles o de prohibición judicial o administrativa de disponer o enajenar (las comprendidas en los arts. 42.4.º y 26.2.º LH).
3.º Anotaciones preventivas de títulos que por razón de defectos subsanables o por otras circunstancias no pueden ser objeto del asiento de inscripción o de cualquier otro asiento al que tiendan (son las previstas principalmente en el art. 42.6.º y 9.º LH y art. 161 RH).
4.º Anotaciones preventivas que tengan por objeto constituir una especial garantía registral (previstas en los arts. 42.2.º, 3.º,7.º, 8.º y 45 LH).

1.4. Extinción de anotaciones preventivas

Las anotaciones se extinguen por caducidad y conversión. Según el artículo 77 LH, las anotaciones preventivas se extinguen por cancelación, caducidad, o por su conversión en inscripciones.

Como regla general, las anotaciones preventivas caducarán a los cuatro años prorrogables por otros cuatro años que deberá hacerse mediante otra anotación (art. 86 LH).

2. LAS NOTAS MARGINALES

2.1. Concepto

La nota marginal es un asiento registral, de carácter secundario o accesorio, definitivo y positivo, que se extienden al margen de otros asientos, y que tiene una triple finalidad: *a*) consignar hechos o circunstancias que modifiquen derechos inscritos; *b*) hacer las veces de otros asientos (de inscripción, anotación preventiva o cancelación), y *c*) facilitar la mecánica de la oficina del Registro (Roca Sastre).

Se les denomina *notas* porque se extienden siempre al margen izquierdo de los libros correspondientes, que queda en blanco para la extensión de las mismas, y expresan en forma simple el hecho que quiere reflejar (*vid*. arts. 365, 366 y 386 RH, este último ha sido declarado nulo por sentencia de 31 de enero de 2001).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2.2. Caracteres

De acuerdo con Roca Sastre:

1.º Es un asiento accesorio por cuanto que la nota marginal carece de existencia propia (salvo cuando hace las veces de una inscripción o anotación preventiva o cancelación, o facilitar la mecánica del Registro).
2.º Es un asiento definitivo ya que no tiene el carácter provisional de las anotaciones, no obstante hay que exceptuar el caso en que sea sucedánea de una anotación o implique por si una anotación preventiva.
3.º Tiene carácter positivo puesto que, a excepción de las de tipo cancelatorio, no tiene la nota marginal, el carácter provisional de las anotaciones.

2.3. Clases

Se distinguen tres clases de notas marginales con relación a su finalidad o cometido:

a) Notas marginales de modificación jurídica

Son las que consignan registralmente hechos o circunstancias que alteran la situación jurídica registrada. Son aquellas que –como dice Lacruz– dan fe de un acontecimiento, sea un hecho, sea la celebración de un negocio jurídico, sea la emisión de una declaración de voluntad, que implican o determinan un cambio jurídico-real, pero que, por sí, no tiene envergadura suficiente para provocar una inscripción. Publican, por tanto, dicho hecho, negocio o declaración relacionándolo con el asiento a que se refieren. Son en su consecuencia, accesorias de una inscripción, a la que complementan. Se practican a instancia de parte.

Ej.: las notas marginales que consignan las condiciones bajo las cuales pueden aparecer inscritos los derechos (art. 23 LH); las que indican el cambio de domicilio del deudor hipotecario (art. 130 LH); las que acreditan haberse incoado el procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 131 LH); las que prueban la aceptación por el deudor de la hipoteca constituida unilateralmente (art. 141 LH); las que hacen constar el cambio de propiedad privada en pública (art. 6 RH). Este precepto ha sido declarado nulo sentencia de 31 de enero de 2001).

b) Notas marginales sucedáneas o con función equivalente a la de asientos de inscripción, anotación preventiva o cancelación (Roca Sastre)

Se trata de notas que están destinadas a recoger contenidos que, si bien habrían de revestir normalmente la figura de una inscripción, sin embargo, por disposición expresa de la ley pueden adoptar esta forma más simple de la nota marginal. La eficacia de estas notas es la propia del asiento al que sustituye.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Ej.: la nota que señala un embargo ordenado en causa criminal o por débitos a la Hacienda pública (art. 170 RH); la de prórroga concedida por el registrador tratándose de una anotación por falta de previa inscripción (art. 205 RH), etc.

c) Notas marginales de oficina

No tienen otra finalidad que la de relacionar y coordinar con brevedad los distintos asientos, folios y libros del Registro con otros, facilitando así el manejo de los libros del Registro y coordinando las operaciones registrales, estas notas carecen de consecuencias jurídicas puesto que tienen una misión meramente mecánica o material (Roca Sastre). Las notas de marginales de oficina las practica de oficio el registrador.

Ej.: las extendidas en los supuestos de agrupación o segregación (art. 45 RH y ss.), la puesta al margen de un asiento cancelado de referencia al asiento cancelador (art. 195 RH), o las notas que debe extender el registrador al margen de los asientos de presentación, indicando el tomo y folio en que se haya de practicado la inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal a que haya dado lugar el título presentado (art. 250 LH).

2.4. Efectos

Las notas marginales de oficina no producen otros efectos que el de coordinar, conectar o relacionar unos asientos con otros.

Las notas marginales de modificación jurídica producen los efectos de publicar registralmente el hecho o circunstancias que da lugar o produce la modificación del acto o derecho inscrito.

Las notas marginales sucedáneas de otros asientos producen los efectos propios de los asientos a los que sustituye.

Salvo las notas marginales de oficina, las demás vienen a integrar el contenido del Registro y pueden servir de *base a los principios de legitimación y de fe pública* en cuanto que el hecho de aparecer consignadas en el Registro les dota de eficacia *erga omnes.*

3. LA CANCELACIÓN

3.1. Concepto

La cancelación es la operación de extinguir algún asiento practicado en el Registro. La cancelación es —según Díaz-Picazo— la operación registral que conduce a la práctica de un asiento que tiene por exclusivo objeto dejar sin efecto y publicar la pérdida de vigencia de otro asiento anterior.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El asiento de cancelación es «un asiento principal extendido en los mismos libros, folios y lugar de éstos que los asientos de inscripción y de anotación, por cuya virtud se deja sin efecto registralmente, en todo o en parte, otro asiento principal, bien por extinción total o parcial del derecho inscrito o anotado, bien por otra cualquier causa que determina legalmente la extinción del asiento que deba cancelarse» (De la Rica).

3.2. Características

La cancelación como asiento registral tiene por función extinguir formalmente otro asiento concreto y determinado del Registro. No obstante, pueden existir cancelaciones que más que extinguir un asiento anterior, constatan registralmente su extinción por caducidad, ya operada con anterioridad.

Por virtud del asiento de cancelación queda «desregistrado», en palabras de Roca Sastre, el contenido del asiento cancelado lo que significa que a todos los efectos hipotecarios y en especial a los derivados de la fe pública registral y de la legitimación del Registro, la cancelación hace que el asiento afectado por ella deje de integrar el contenido del Registro, originando su pérdida de eficacia como medio de publicidad registral. El asiento de cancelación actúa a modo de certificado de la extinción o muerte de un asiento.

El asiento de cancelación es de tipo accesorio y negativo por presuponer que hay un asiento anterior a cancelar.

Por último, es un asiento definitivo y final. Definitivo por repeler toda provisionalidad o caducidad; final por poner término a un proceso registral definido, imposibilitando cualquier otra operación registral relativa al derecho cancelado.

3.3. Clases de cancelaciones

A. Cancelación total o parcial, según se deje sin efecto la totalidad del asiento anterior o so1o una parte del mismo. A esta clasificación se refiere el artículo 78 LH cuando dice: «La cancelación de las inscripciones y anotaciones preventivas podrá ser total o parcial».

B. En atención al título en virtud del cual se realizan, se pueden distinguir las cancelaciones operadas a instancia de parte, por orden de autoridad y de oficio por el registrador.

C. Según la intervención que en ellas tenga el titular del asiento registral a cancelar, se puede diferenciar entre cancelaciones practicadas con, contra o sin el consentimiento del mismo, o lo que es lo mismo, cancelatorias voluntarias y obligatorias.

D. En atención al asiento a cancelar, la cancelación puede ser de asientos de inscripción, de anotación preventiva, de cancelación y de nota marginal.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

E. Finalmente, por su forma, pueden ser extensas o concisas, según que hayan de constar la integridad o solo parte de las circunstancias formales determinadas por la ley hipotecaria y su reglamento.

3.4. Causas de cancelación total y parcial

Las causas de cancelación dependen de que la cancelación sea total o parcial.

a) Cancelación total. En el artículo 79 LH se establecen cuatro causas por las que puede pedirse y deberá ordenarse la cancelación total de las inscripciones y anotaciones:

1) Cuando se extinga por completo el inmueble objeto de las mismas.
2) Cuando se extinga por completo el derecho inscrito o anotado.
3) Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho.
4) Cuando se declare la nulidad de la inscripción o anotación por falta de alguno de sus requisitos esenciales.

b) Cancelación parcial. En el artículo 80 LH se establecen dos causas por las que puede pedirse y deberá declararse la cancelación parcial:

1) Cuando se reduzca el inmueble objeto de la inscripción o anotación preventiva.
   P. ej., por accidentes naturales o por voluntad del propietario, como cuando se produce la demolición de uno o más pisos de una finca.
2) Cuando se reduzca el derecho inscrito o anotado.
   Ej.: cuando el derecho sufra una disminución de grado, extensión, cuantía o de cualquier otra índole.

3.5. Forma de la cancelación

La ley distingue, a estos efectos, según los asientos a cancelar sean los que se practicaron en virtud de escritura pública o bien mediante mandamiento judicial o documento equivalente. Con respecto de los primeros, determina como principales títulos para la cancelación la voluntad de las partes y la sentencia.

A. Cancelación de las inscripciones que se practicaron en virtud de escritura publica. En este caso caben dos posibilidades, cancelación en virtud de lo que se establezca en sentencia o con el consentimiento del perjudicado. Así se establece en el artículo 82 LH: «Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos».

Un supuesto de cancelación voluntaria es cuando un derecho inscrito de servidumbre se extingue por acuerdo de los interesados y lo que se hace es cancelar ese derecho mediante otra escritura pública en la que se manifiesta el consentimiento del perjudicado.

En el caso de la cancelación en virtud de sentencias, se trata de que el derecho inscrito en virtud de escritura ya se ha extinguido. Pero para poner el Registro en concordancia con la realidad hay que rectificarlo, mediante la correspondiente cancelación. Pero si esta no se consigue porque no consiente en ella aquel a quien perjudique, podrá el interesado exigirla en juicio ordinario.

Otros supuesto es el de la cancelación sin los requisitos anteriores «cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva» (art. 82 II LH).

B. Cancelación de las inscripciones que se practicaron en virtud de sentencia

Cuando las inscripciones o anotaciones se hayan practicado en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino mediante otra sentencia judicial (por providencia ejecutoria), según establece el artículo 83 LH.

C. Cancelación de las inscripciones por acto administrativo

Solo se cancelarán mediante resolución administrativa determinados derechos contemplados expresamente que se refieren a actuaciones derivadas del procedimiento de apremio por deudas a la Hacienda pública, como el del artículo 27 RH.

D. Cancelación de oficio

Son aquellas cancelaciones que debe practicar el registrador sin que le sea solicitada por la parte interesada, ni proceda resolución judicial en ese sentido.

Los supuestos más habituales son: la cancelación de las anotaciones preventivas caducadas (art. 206.13 RH), la del asiento de inmatriculación cuando no se haya justificado la publicación de edictos en el plazo señalado (art. 198 RH) y la cancelación del asiento de presentación una vez transcurrido el plazo de vigencia, sin haberse despachado el documento, tomado anotación preventiva o interpuesto recurso gubernativo (art. 436 RH).

3.6. Cancelación de las anotaciones preventivas

La cancelación de las anotaciones se rige por las normas de las inscripciones, con las particularidades regladas en los artículos 206 a 210 RH. Según ellos, la cancelación procede cuando la anotación se ha convertido en inscripción definitiva, cuando ha renunciado a ella el titular, o bien la anotación ha caducado.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3.7. Cancelación de las notas marginales

Según el artículo 189 RH, «Las notas marginales que consignen circunstancias o hechos que impliquen modificación o extinción de los derechos inscritos, se cancelarán por medio de otra nota marginal».

3.8. Eficacia de la cancelación

La cancelación, según Lacruz y Sancho, no equivale a la operación material de privar de existencia física a la documentación de una precedente publicidad. El asiento cancelado no se destruye, tacha o borra, al contrario continúa sin variación material en el folio en que fue escrito. Lo que hace la cancelación es eliminar la vigencia jurídica actual del asiento, es decir, dejarlo sin valor como si dejara de estar inscrito.

4. LA CADUCIDAD

Junto a la cancelación existe en Derecho español otros medios para dejar sin vigencia un asiento, que son su sustitución por un nuevo asiento y la caducidad del mismo.

La *caducidad* significa que por mandato de la ley, un asiento deja de tener vigencia una vez ha transcurrido su plazo de duración. La caducidad no se aplica a las inscripciones puesto que tienen un valor indefinido. La misma solo rige para los asientos de duración temporalmente limitada, como la anotación preventiva y determinadas notas marginales.

La anotación preventiva caduca a los cuatro años de su fecha de anotación, salvo que tengan otro plazo de caducidad más breve señalado por ley. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga. Podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos (art. 86 LH).

El efecto de la caducidad es automático, no precisa solicitud por parte de los interesados, ni mandato del juez, etc. Transcurrido el plazo de vigencia, el asiento deja de producir efectos. La caducidad hace que en principio el asiento pierde el valor por sí mismo y habrá que hacer constar que el asiento ha caducado mediante una nota marginal.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

5. INEXACTITUD, NULIDAD Y RECTIFICACIÓN

5.1. La inexactitud

Los asientos del Registro pueden estar en contradicción con la situación real (extrarregistral), bien por anunciar titularidades que nunca han existido válidamente, bien por hacerlas constar en forma diversa de la verdadera, anunciando como vigente una situación jurídica anterior que ya ha cambiado; esta última inexactitud en un sistema como el nuestro es inevitable (Lacruz y Sancho).

Ej.: el propietario inscrito de una finca la vende mediante escritura pública que el comprador nunca inscribe, de modo que en el Registro se continúa anunciando como propietario al vendedor, aunque realmente ya no lo sea.

Será inexactitud sobrevenida o normal, aquella que se produce desde que tiene lugar la mutación jurídico-real. Este es el caso de la constitución, transmisión de un derecho sobre la finca, desde que este se produce fuera del Registro hasta que se inscribe. Es una inexactitud denominada normal puesto que entre ambos momentos, siempre discurre un lapso de tiempo.

Por el contrario, hay una inexactitud anormal, originaria cuando la inscripción que se practica en el Registro anuncia un cambio real que no se ha producido, o titularidades sobre una finca que no existe o derechos que no pertenecen al titular registral o le pertenecen en proporción distinta, o deja de anunciar cambios efectivamente producidos o derechos vigentes.

A ambos tipos de inexactitud, originaria y sobrevenida se refiere el artículo 39 LH cuando establece que «Por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídico extrarregistral».

5.2. Irregularidad de los asientos

Diferente de la inexactitud es la irregularidad de los asientos (aunque relacionada con ella). No es éste un concepto legal, sino doctrinal y significa que en el asiento practicado, existe algún fallo o defecto, que puede referirse tanto al título irregular que sirvió para practicarlo como a los fallos cometidos en el acto de su práctica (Lacruz y Sancho).

La ley para designarlos no habla genéricamente de irregularidades o defectos, sino más específicamente de nulidad o error. Estas irregularidades pueden ser:

a) *Irregularidades que no afectan a la validez del asiento ni del título:* son aquellas faltas de menor entidad, que tan solo dan lugar a su corrección o enmienda.

b) Invalidez o deficiencia del título inscrito (nulidad material). Caben aquí todos aquellos supuestos en los que el título recogido en los libros es falso, nulo o anulable, etc. Aquí la doctrina habla de nulidad material del asiento.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

c) Nulidad del asiento (nulidad formal). Cuando en la extensión de un asiento no se han guardado las reglas esenciales o su contenido es inadmisible, incompleto o deficientemente formulado o bien no se corresponde a lo que manifiesta el título inscribible o no corresponde absolutamente a ningún título (art. 40 LH). La doctrina se refiere a la nulidad formal cuando falta alguna de las circunstancias del artículo 9 LH.

5.2. Eliminación de las inexactitudes

La inexactitud sobrevenida a consecuencia de un cambio real que no se ha inscrito, se elimina haciéndolo constar en el Registro.

El registrador no puede proceder de oficio a rectificar una inexactitud originaria, es preciso el consentimiento del titular inscrito o una sentencia judicial.

En los mismos supuestos ahora indicados, de nulidad o mera inexactitud con asiento válidamente practicado (es decir, no siendo este formalmente nulo), a falta de rectificación voluntaria del Registro puede esta exigirse por vía jurisdiccional.

Para ello disponemos de la «acción de rectificación» (art. 40 LH) que faculta al titular real para dirigirse contra el titular registral, en demanda de la posición registral en el sentido de que se declare que el Registro ha de ser rectificado haciendo constar, en lugar de la titularidad del demandado, la del demandante.

La rectificación del Registro solo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas:

> a) Cuando la inexactitud proviniere de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: primero, por la toma de razón del título correspondiente, si hubiere lugar a ello; segundo, por la reanudación del tracto sucesivo, con arreglo a lo dispuesto en el Título VI de esta Ley, y tercero, por resolución judicial, ordenando la rectificación.
> b) Cuando la inexactitud debiera su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado, la ratificación se hará mediante la correspondiente cancelación, efectuada conforme a lo dispuesto en el capítulo IV o en virtud del procedimiento de liberación que establece el Título VI.
> c) Cuando la inexactitud tuviere lugar por nulidad o error de algún asiento, se rectificará el Registro en la forma que determina el Título VII.
> d) Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las notificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o en su defecto, resolución judicial.
>
> En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente. Si se deniega totalmente la acción de ratificación ejercitada, se impondrán las costas al actor; si solo se deniega en parte, decidirá el Juez a su prudente arbitrio.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

> La acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real de que se derive.
> En ningún caso la rectificación del registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.

La nulidad formal supone un defecto de forma del asiento que lo invalida. Pero los conceptos de nulidad y de error en tema de asientos son, desde luego, distintos. El error puede ser por ejemplo la falta de firma del registrador, la extensión del asiento en folio de otra finca, etc. El error puede darse cuando los datos del título se han tomado defectuosamente, o se han omitido y la nulidad formal es consecuencia de la falta de requisitos esenciales.

La Ley Hipotecaria distingue y define el «error material» y el «de concepto», facilitando la rectificación del primero y planteando mayores exigencias para la del segundo.

> Se entenderá que se comete error material cuando sin intención conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de alguna circunstancia formal de los asientos o se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos (art. 212 LH).
> Se entenderá que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido (art. 216 LH).

No obstante las rectificaciones practicadas, cualquier variación en el contenido del asiento es inoperante frente al tercer adquirente protegido por la fe pública registral (arts. 40 y 34 LH).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 6. La prioridad y el registro

1. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL

1.1. Introducción

Las relaciones obligatorias o de crédito, en cuanto que suponen la sujeción del patrimonio del deudor a una determinada responsabilidad (art. 1911 CC) son siempre compatibles unas con otras en cuanto a su exigencia, todas las obligaciones tienen el mismo rango, es decir que todas pueden ser hechas efectivas a la vez. Este principio, propio de los derechos de crédito es el denominado principio de igualdad de los acreedores o de la *par conditio creditorum* (arts. 1925 y 1929.3 CC) (Lacruz y Sancho).

Por el contrario, los derechos reales, por su carácter de relación jurídica inmediata y excluyente con la cosa son poco propicios a su coexistencia en pie de igualdad; no es habitual la coexistencia de varios derechos reales, todos ellos con la misma categoría y eficacia. Esto es completamente imposible en materia de propiedad, salvo los supuestos de cotitularidad, y muy difícil en los derechos en cosa ajena, en los cuales la regla general es que cada uno tenga su propio puesto u orden con relación a los demás (Lacruz y Sancho).

Habida cuenta esa dificultad para coexistir en el mismo plano de derechos reales cuando coinciden sobre una misma cosa, se precisa de un criterio, que lo proporciona el principio de prioridad. Aquel principio determina, cual de entre varios derechos incompatibles prevalece sobre otro (p. ej., cuando varias personas pretenden ser los únicos propietarios del mismo inmueble), y por otra parte, cuando varios derechos sean compatibles (ej., hipotecas y embargos) entre sí, establece cómo han de coexistir y qué preferencias de orden tienen cada uno en relación con los demás.

1.2. Concepto

Este principio de la prioridad registral, según Roca Sastre, es «aquel en cuya virtud el *acto registrable* que *primero ingresa en el Registro* de la propiedad *se*

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

antepone con carácter excluyente (cuando los derechos son incompatibles) o con carácter prelativo o de superioridad de rango (en el caso de derechos compatibles) a cualquier *otro acto registrable* que, siéndole *incompatible o perjudicial*, no hubiese sido aún ingresado en el Registro o lo hubiera sido con posterioridad, aunque, dicho acto fuese de *fecha anterior*».

Este principio es una manifestación de la vieja máxima *prior tempore potior iure* (el primero en el tiempo tiene un derecho más fuerte). La razón de ser de este principio estriba en que al concebirse la publicidad registral como un medio de protección de los titulares que acceden al Registro, es razonable que se premie su diligencia en la pronta inscripción de sus derechos, y que se produzcan los efectos propios del cierre registral. La cuestión de la prioridad registral tiene importancia trascendental en un ordenamiento como el nuestro en el que los derechos reales pueden constituirse y transmitirse al margen del Registro, siempre que se cumplan los requisitos relativos al título y al modo (Valpuesta).

1.3. La prioridad y el Registro

La prioridad no se determina atendiendo a la antigüedad que tenga el título fuera del Registro, sino al momento de su presentación, que es cuando el derecho empieza a tener constancia registral. Este principio de prioridad registral no viene expresamente formulado como tal en ningún precepto específico, pero puede deducirse de los artículos 17, 24, 25, 32 y 248 LH, así como de los artículos 1473 y 1927 CC.

La antigüedad en la constancia registral se determina atendiendo a la *fecha del asiento de presentación*, la cual se hará constar en la *inscripción*; si hay coincidencia de fechas de presentación en los títulos presentados por dos personas distintas sobre un mismo inmueble, la prioridad se determinará por la *hora* y en su caso minutos, de presentación en el Registro de los títulos respectivos (arts. 24 y 25 LH). Es decir, que la preferencia de las inscripciones en general se determina por el riguroso orden cronológico de los títulos en el Registro (Roca Sastre).

El asiento de presentación está regulado en el artículo 248 LH modificado por la Ley 24/2005 de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, la cual establece que: «Los Registradores llevarán además un libro llamado Diario, donde en el momento de presentarse cada título extenderán un breve asiento de su contenido». Este asiento de presentación sirve para dar constancia del día, el mes, el año y la hora en que se verifica la presentación de cualquier título en el Registro.

Este asiento, según Roca Sastre, en relación con el principio de prioridad, sirve para indicar al registrador que ha de mantener cerrados provisionalmente los libros de inscripciones del Registro a los títulos presentados, para su inscripción que se opongan o sean incompatibles con otros títulos ya presentados también para su inscripción (*vid.* art. 17.2 LH).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1.4. Condicionamientos del principio de prioridad registral

El principio de prioridad registral no es absoluto y está sometido a una serie de condicionamientos (Roca Sastre):

1. La efectividad de este principio se halla supeditado al principio de la fe pública del Registro, de modo que el favorecido por la prioridad ha de reunir la condición de tercer hipotecario.
   Ej.: no está protegido por este principio quien, en el caso de una doble venta de una finca, inscribe el primero su título adquisitivo, pero carece de buena fe por ser conocedor de la primera venta.
2. También está condicionado por el principio de legalidad y el de tracto sucesivo. Para ganar la prioridad no es suficiente la presentación registral, sino que es necesario que haya superado el trámite de la *calificación registral.* Además, para que pueda inscribirse el derecho es necesario que éste haya sido transmitido por quien aparezca como titular inscrito en el Registro, es decir que se cumpla el requisito del *tracto sucesivo*.
3. Otro condicionante lo constituye los supuestos de permuta, posposición y reserva de rango hipotecario.

2. EL CIERRE REGISTRAL

La preferencia del título que ha ingresado en el Registro tiene un doble juego según que tal preferencia sea excluyente de otro derecho o que tan solo sea de prelación o de mejor rango; de ahí que desde la perspectiva de la publicidad registral el principio de prioridad tiene dos consecuencias importantes: el *cierre registral* y el *rango* (Valpuesta).

La primera consecuencia de la regla de la prioridad es el denominado cierre registral, que hace referencia únicamente a *derechos reales que son incompatibles entre si,* como sucede con la propiedad y algunos derechos reales limitados.

La propiedad o dominio es un derecho incompatible para ser reconocido en dos o más personas en bloque o por entero, únicamente una cosa podrá pertenecer a varias personas en los supuestos de comunidad. En el caso de los derechos reales limitados, son incompatibles entre sí los derechos de superficie, enfiteusis y el usufructo (Roca Sastre).

El cierre registral produce el efecto de cerrar los libros del Registro a todos aquellos derechos que son incompatibles con un derecho que ya se halla registrado (Lacruz y Sancho).

Por ejemplo, es incompatible la inscripción de dos títulos de propiedad en un supuesto de la doble venta un inmueble.

Al cierre registral se refiere el artículo 17 LH que establece: «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real»

La fecha que se tiene en cuenta para que se produzca el cierre registral es la del asiento de inscripción, a diferencia del principio de prioridad que se rige por la del asiento de presentación. Esto es así puesto que cuando tiene lugar la inscripción, ya se tiene constancia de la idoneidad del derecho para ser protegido por el Registro, por haber superado la preceptiva calificación registral (Valpuesta). Es decir, que si solo se ha producido el asiento de presentación habrá que esperar hasta la inscripción para que se produzca el cierre registral; del mismo modo, los otros derechos incompatibles que ingresen con posterioridad, si bien podrán ser objeto de asiento de presentación, tendrán que estar a resultas de lo que suceda con la inscripción del anterior.

En este sentido, el artículo 17.2 LH establece: «Si solo se hubiese extendido asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente a la fecha del mismo asiento».

El título incompatible –según Lacruz y Sancho– que pretenda su inscripción en el Registro puede ser de fecha anterior o posterior al ya inscrito.

A. Si es *de fecha posterior*, como sería el caso del segundo comprador de una finca cuya primera venta ya ha sido inscrita, su no admisión en el Registro, no obedece a la regla del cierre registral, sino a la del *tracto sucesivo* del artículo 20 LH, que impide la inscripción de los títulos incompatibles de fecha posterior a los ya inscritos. En este supuesto además se está haciendo referencia a títulos provenientes de un titular no registral y que presuntamente eran ya ineficaces desde el mismo momento de su otorgamiento.
B. En el caso de que la *fecha* del título que se pretende inscribir sean *anterior o de igual fecha* al que ya está inscrito es cuando se aplicará el principio del cierre registral (art. 17 LH).

En este caso se trataría de derechos anteriores en fecha a los inscritos y por ello eficaces al tiempo de otorgarse. Sería por ejemplo el caso de una doble venta: A vende una casa a B, el 1 de mayo, y el 1 de junio vuelve a venderla a C, comoquiera que C ha sido más diligente que A y ha inscrito antes su derecho, será protegido por el artículo 17, se aplicará el cierre registral y B, aun teniendo un derecho más antiguo no podrá inscribir.

La finalidad del artículo 17 LH no es la de dar o quitar derechos, sino la de mantener un Registro limpio de contradicciones, en el cual no consten a la vez, titularidades incompatibles y opuestas.

El efecto de cierre es una operación formal, el título que primero llega al Registro lo clausura para posteriores incompatibles. El hecho de que se produzca el cierre del Registro no significa que este título sea ineficaz ni que no pueda ingresar en el Registro en un futuro, puesto que el titular rechazado por el registrador al realizar la *calificación*, siempre tendrá abierta la posibilidad de acreditar su mejor derecho ante los tribunales y, una vez obtenida la anulación del derecho que opone su ingreso en el Registro, sí que podrá inscribir su derecho.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

3. EL RANGO REGISTRAL

El rango hace únicamente referencia a los *derechos reales limitados,* cuando son *compatibles entre sí*, es decir si admiten su concurrencia o convivencia con respecto de una misma finca. El rango se puede definir como el puesto, jerarquía u orden que le corresponde a un derecho en relación con los demás derechos que gravan una misma finca. El principio de prioridad es el que permite que a cada derecho compatible se le atribuya un rango, y en consecuencia, en principio sea de superior eficacia a los que ingresen en el Registro con posterioridad (Lacruz y Sancho).

La trascendencia del rango sobre el derecho es de naturaleza económica, el valor del derecho, disminuye a medida que es inferior el rango que ocupa. La importancia del rango es muy débil con relación a los derechos reales de goce o disfrute, aunque muy importante en relación con los derechos de garantía, es especial las hipotecas (Chico y Ortíz).

El rango puede referirse a cualquier derecho real limitado, pero donde realmente se pone de manifiesto su operatividad es en relación con la hipoteca (el establecimiento de varias hipotecas sobre un mismo inmueble es perfectamente compatible). Así pues, la primera hipoteca inscrita tiene preferencia sobre las demás para hacer efectivo sus derechos, la segunda tiene preferencia sobre la tercera y así sucesivamente (Lacruz y Sancho). La hipoteca de una hipoteca purga a las siguientes.

Asimismo, el caso tiene gran importancia en tema de embargos.

La fecha del rango registral de cualquier título que pretenda su acceso al Registro, sea de carácter constitutivo o modificativo de un derecho real preexistente, viene dado exclusivamente por la fecha del asiento de presentación respectivo (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria).

El rango produce las siguientes consecuencias (Valpuesta):

> Formalmente este principio se traduce en la adjudicación de un *número* para las *inscripciones*, según su orden de ingreso en el Registro, y en la asignación de una *letra* para las *anotaciones preventivas.*

Sustantivamente, el derecho no queda afectado por aquellos que accedieron al Registro con posterioridad al mismo. Asimismo, los efectos que despliega la publicidad registral se aplican a cada derecho en función de su rango. Ej.: si una finca está gravada con tres hipotecas, cuando se realice la primera hipoteca, el dinero sobrante se destinará a la segunda y si todavía quedase un remanente se destinaría a la satisfacción de la garantía cubierta con la tercera.

4. LA MUTABILIDAD DEL RANGO REGISTRAL

El rango hipotecario tiene carácter permanente, y dura hasta que se cancela el derecho, o caduca el asiento. La cancelación de los asientos tiene una gran trascendencia para los posteriores, puesto que se produce un corrimiento de puestos

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

o rangos, de modo que el derecho posterior viene a ocupar el lugar dejado vacante (Valpuesta). No obstante, el rango registral es susceptible de alteración por medio de negocio jurídico, de manera que es posible sustraerse del orden de prioridad o de rango y sustituirlo por otro (Roca Sastre).

Ej.: dos bancos con hipotecas sobre una misma finca puede pactar entre si la alteración del rango de aquellas.

La posibilidad de alteración del rango hipotecario tiene los siguientes fundamentos (Roca Sastre):

1. No hay una norma expresa que lo prohíba.
2. Que ello es posible en base al principio de autonomía de la voluntad ex artículo 1255 CC.
3. Que la prioridad a la que responden los artículos 24 y 25 LH no tiene una coactividad que excluya a los interesados para que pueda proceder a la alteración del rango de sus hipotecas.

La permuta, la posposición y la reserva de rango son las tres manifestaciones de la alteración o modificación del mismo. Generalmente, las mutaciones de rango tienen lugar con ocasión de las hipotecas.

A. La permuta es la inversión o trueque de dos rangos hipotecarios ya existentes o adquiridos correspondientes a derechos inscritos, tanto el que avanza como el que retrocede en rango. Para que sea posible la permuta se exige:

    1. Que ambas hipotecas objeto de permuta consten inscritas en el Registro.
    2. Que la permuta esté convenida entre los titulares respectivos de ambas hipotecas y conste en escritura pública e inscrita. El propietario de la finca no ha de intervenir.
    3. Cuando las hipotecas a permutar no sean consecutivas, por existir hipotecas de rango intermedio que pudieran resultar perjudicadas por la permuta, será necesario que conste el consentimiento de estas.
    4. La permuta deberá hacerse constar mediante asiento de inscripción, del que se hará referencia por medio de nota al margen de cada una de las inscripciones de las dos hipotecas permutadas.

B. La posposición de rango hipotecario, consiste en la postergación del rango de una hipoteca ya constituida e inscrita, en beneficio de una hipoteca futura, no inscrita, de manera que la escritura pública para su constitución es otorgada al mismo tiempo o después de que se consienta la posposición.
   La utilidad de la posposición de hipoteca es evidente en los casos en que se quiera hipotecar en entidades en que solo prestan dinero en primera hipoteca, cuando la finca en cuestión ya cuenta con una primera hipoteca (Roca Sastre).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

La figura de la posposición de hipotecas, si bien no aparece en la LH, sí que aparece contemplada en el artículo 241 RH donde aparecen los requisitos para su constitución:

1. Que conste inscrita la hipoteca objeto de posposición.
2. Que la posposición de la hipoteca sea consentida por su titular, no siendo necesario el consentimiento de quien constituya la hipoteca futura ni de su titular.
3. Que en la escritura de posposición se hagan constar las circunstancias esenciales de la hipoteca futura (responsabilidad máxima por capital, intereses, costas y otros conceptos, así como su duración máxima) y la fijación del plazo dentro del cual la hipoteca ha de inscribirse.
4. Que la posposición se otorgue mediante escritura pública.

C. La reserva de rango hipotecario es una variante de la posposición de hipoteca y consiste en que una hipoteca (todavía no inscrita) en el momento de inscribirse, lo hace con la calidad de postergable en su rango, en beneficio de una hipoteca futura, a la que le deja vacante un rango registral. De manera que los otros derechos que acceden al Registro lo hacen en la posición siguiente al puesto reservado.

   Los efectos de la reserva de hipoteca y sus requisitos, son los mismos que los de la posposición de hipoteca y se regula por el artículo 241 RH (Roca Sastre).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 7. La legitimación registral

1. LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL

El principio de legitimación registral constituye, junto con el principio de la fe pública registral, la aplicación de la norma general que se pronuncia a favor de la exactitud del contenido del Registro (Roca Sastre).

El Registro de la Propiedad no solo tiene un valor de publicidad o informativo, sino que además establece la *presunción* de que el *contenido de la inscripción es exacto y coincide con la realidad extrarregistral*, mientras no se demuestre lo contrario. El derecho inscrito se presume que existe y pertenece al titular inscrito aún en el caso de que sea un titular aparente. Asimismo se presume que no existe el derecho cuyo asiento registral ha sido cancelado (Roca Sastre).

Este principio de exactitud opera a dos niveles: en primer lugar, manteniendo, aunque sea provisionalmente, la titularidad de cualquiera que tenga inscrito a su favor un derecho real inmobiliario, y finalmente protegiendo a los terceros adquirentes que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 34 LH, en relación con estos la inexactitud registral devendrá inoperante de modo definitivo (Roca Sastre).

El principio de legitimación registral, se encuentra formulado en los artículos 38 y 97 LH, ambos en relación con el artículo 1.3 LH:

> El artículo 38.1 LH establece que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».
> El 97 LH dice: «Cancelado un asiento se presume extinguido el derecho al que el asiento se refiera».
> En el artículo 1.3 LH se declara que «Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

Según Roca Sastre, al combinarse aquellos tres preceptos queda formulado el principio de legitimación registral en el sentido de que «se presume que el

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

dominio o los derechos reales inmobiliarios inscritos en el Registro existen y pertenecen al titular registral, en la forma determinada en el asiento respectivo, presumiéndose también que tiene la posesión de los mismos, así como igualmente se presume extinguido el derecho a que se refiere un asiento cancelado, cuyas presunciones actúan mientras los Tribunales no declaren la inexactitud del correspondiente asiento».

2. LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO

2.1. La presunción de veracidad de los asientos del Registro

Las consecuencias de la legitimación registral pueden ser de carácter sustantivo o de carácter procesal (Chico y Ortiz). Las consecuencias de carácter sustantivo son dos: *a*) la presunción de veracidad de los asientos del Registro, y *b*) las presunciones posesorias (*vid*. § 5 Las presunciones posesorias).

A. ámbito de la legitimación registral

1. *La legitimación registral opera respecto de los derechos reales inmobiliarios.* En consecuencia todo lo que no sea derecho real inmobiliario queda excluido de la legitimación registral, ya que esta no cubre a los derechos personales, ni a los derechos reales sobre bienes muebles, ni a los datos registrales sobre capacidad y estado civil de las personas, ni a las circunstancias de mero hecho no íntimamente vinculadas con el derecho.
2. Los derechos reales inmobiliarios para que puedan ser amparados por la legitimación registral han de figurar debidamente registrados. Esto significa que ha de constar en el Registro mediante el asiento correspondiente a su naturaleza: de inscripción, anotación preventiva o nota marginal. Además, el derecho ha de constar en la hoja o folio abierto a la finca y no en el correspondiente a otra finca.
3. Para que opere la legitimación registral se requiere que no conste en el Registro contradicción alguna que pueda temporal o definitivamente enervar el vigor del asiento del derecho real inscrito. Ej.: el caso de que conste inscrita anotación preventiva de demanda.
4. La legitimación registral hace exacto, provisionalmente ya que cabe la prueba en contrario, el contenido del Registro en cuanto a la existencia, extensión, titularidad, causa jurídica de la mutación y ejercicio de los derechos registrados debidamente y sin contradicción alguna registral.

B. La amplitud de la exactitud registral

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

1) Existencia del derecho. Se reputa como existente el derecho que figura debidamente inscrito y sin contradicción en el Registro. La existencia del derecho tiene un doble contenido:

a. Contenido positivo, según el artículo 38.1 LH, «a todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».
De modo que quien en un pleito alegue la existencia de un derecho real podrá probar que es titular del mismo aportando al mismo tiempo un certificado de la existencia y permanencia de la inscripción quedando dispensado de presentar los títulos que acreditan su derechos, siempre que la prueba de la parte contraria no desvirtúe la presunción registral.
b. Por lo que se refiere al contenido negativo, hay que atenerse a lo preceptuado en el artículo 97 LH: «cancelado el asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere».

2) Extensión del derecho. Lo que el Registro exprese acerca de la extensión del derecho real inscrito se presume exacto. Así se deduce del artículo 38.1 cuando presume que los derechos reales inscritos existen «en la forma determinada por el asiento respectivo».
En cuanto a los datos relativos a superficie, linderos y demás circunstancias descriptivas de las fincas inmatriculadas, según Roca Sastre, la jurisprudencia presume exactos los datos relativos a la extensión superficial y linderos de las fincas inmatriculadas, siempre a los efectos de la legitimación registral y no en cuanto a la fe pública.
En ese sentido, las SSTS de 7 febrero 1998 (RJA 704) y 17 julio 1999 (RJA 6354) establecen que «El ámbito protector de la fe pública registral no se extiende a los datos o circunstancias de mero hecho (extensión o cabida de las fincas, linderos de las mismas, etc.), sino solo a los datos jurídicos (existencia del derecho real, titularidad y contenido del mismo)».
3) Exactitud del derecho. Lo que el Registro expresa acerca de la titularidad del dominio y otro derecho real inmobiliario inscrito ha de considerarse exacto por así deducirse del contenido del artículo 38.1 LH. De modo que la persona que aparece como titular del derecho inscrito se presume que lo es realmente.
4) Exactitud de la causa. También ha de considerarse exacto lo que el Registro expresa acerca de la razón de adquirir o causa de la mutación jurídica inscrita, porque así se deduce del artículo 38.1 cuando dice que «los derechos inscritos pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo».
5) Ejercicio del derecho. La legitimación registral se extiende al ejercicio del derecho inscrito por parte del titular registral, aunque el artículo

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

38.1 LH se limite a decir que quien tiene inscrito el derecho se presume que tiene su posesión.

6) A todos los efectos legales. La presunción, en todos los extremos que se han mencionado, tiene aplicación a todos los efectos legales, conforme expresa el artículo 38.1 LH. Es decir, no solo en el ámbito civil e hipotecario, sino fiscal, procesal, administrativo, etc.

C. El vigor de la legitimación registral

El principio de legitimación registral, por ser una de las manifestaciones de la norma de exactitud del contenido del Registro, se caracteriza por ser más extensa o de mayor alcance que el de la fe pública, pero menos intensa o de inferior vigor que esta, ya que se trata de una presunción legal *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario (Roca Sastre). De modo que se puede demostrar que el Registro está equivocado por no concordar con la realidad extrarregistral.

El titular registral podrá hacer valer la presunción del artículo 38.1 LH con tan solo acreditar su carácter de tal mediante la correspondiente certificación del Registro. Por ser *iuris tantum* la presunción del artículo 38.1 LH, la persona o personas interesadas en que no prevalga el resultado de esta presunción deberán probar que el Registro es inexacto por discordar de la realidad extrarregistral. Es decir que se produce un traslado de la carga de la prueba a quien cuestione el derecho inscrito.

2.2. Las presunciones posesorias

El artículo 38.1 LH establece que «de igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos». De esta presunción posesoria se puede establecer las siguientes consecuencias (Roca Sastre):

a) El titular registral puede *ejercitar las acciones interdictales* sin más que acreditar su condición de titular registral.

Si bien el artículo 38.1 presupone la posesión efectiva o de hecho, esta posesión no cabe contemplarla como si fuese una aislada de la presunción del correspondiente derecho, de modo que esta posesión equivale al ejercicio efectivo de ese derecho. Así pues, este precepto sienta la presunción a favor del titular registral de que este tiene, a todos los efectos legales, la posesión inherente al dominio o derecho real inscrito a su nombre.

De modo que cuando en la realidad extrarregistral no sea el poseedor real del derecho inscrito, se establecerá la ficción de que posee tal derecho. Esto impone a quien pretenda desvirtuar la presunción posesoria, a que ataque simultáneamente la presunción de existencia y de pertenencia del derecho real inscrito.

La presunción posesoria que el artículo 38 establece es una consecuencia del principio de legitimación registral, en cuanto, a base de la presunción

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de existencia y titularidad del derecho inscrito y mientras ella subsista, se reputa o considera, a todos los efectos, como poseedor del mismo al respectivo titular registral al objeto de que este sea tratado como poseedor en el tráfico jurídico (Roca Sastre).

La presunción posesoria del artículo 38.1 es una presunción de posesión civilísima (STS 23 febrero 1951).

b) Presunción posesoria a los efectos de la usucapión según el Registro.

El artículo 35 LH establece: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

El titular inscrito puede *consumar la prescripción adquisitiva* si dicha posesión continúa durante los plazos establecidos por el Código. En el artículo 35 LH se establece un sistema de usucapión secundum tabulas, es decir que se presume que el titular registral está poseyendo de hecho, en la realidad extrarregistral, el dominio o derecho real inscrito a su favor, durante todo el tiempo de vigencia del asiento respectivo, con efectos de presunción *iuris tantum.* A la inscripción se le atribuirá la condición de título hábil para la usucapión ordinaria (Roca Sastre).

3. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL

a) En los procedimientos judiciales en general.

Siempre que en juicio, el titular registral, pretenda hacer valer la presunción que establece el artículo 38.1 LH, para probar que el derecho real inscrito existe o no, o que le pertenece o no; será prueba suficiente aportar al proceso certificación del correspondiente contenido del Registro, sin necesidad de aportar a los autos los títulos o demás pruebas previstos en las leyes (Roca Sastre).

b) En el desahucio por precario.

El titular registral, según la doctrina y jurisprudencia, en virtud de la presunción posesoria del artículo 38.1 LH, está *legitimado para ejercitar la acción de desahucio por precario* que conforme al artículo 1564 LEC, puede interponer frente a aquél que ocupa la finca en concepto de precarista.

c) Sobreseimiento de procedimientos de apremio opuestos a las titularidades registradas: la Tercería Registral.

De acuerdo con el artículo 38.3 LH: «En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que consten en autos, por certificación del Registro de la Propiedad que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue procedimiento, a no ser que hubiere contra

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

ella la acción en concepto de heredero del que aparece como dueño en el Registro...».

El supuesto contemplado en este artículo es que se haya trabado embargo contra los bienes inmuebles o derechos reales de una persona distinta de aquella a cuyo favor se hallara inscritos dichos bienes. En el momento en que tal hecho se acredite con la correspondiente certificación del Registro se sobreseerá el procedimiento.

Ej.: en un procedimiento de embargo contra una casa de A, se comprueba que en realidad dicho inmueble en el Registro aparece inscrito a nombre de B, este podrá obtener del juez el archivo del procedimiento, previa presentación de certificación del Registro.

La norma comentada es un supuesto de aplicación del principio de legitimación, puesto que en los procedimientos ejecutivos o de apremio, se sustituye a la tercería de dominio por el recurso al contenido del Registro de la Propiedad, de ahí que algún autor (Morell) haya denominado a esta figura como tercería registral, por fundarse exclusivamente en el contenido del Registro con relación a la pertenencia de los bienes apremiados, sin admitirse prueba en contrario que demuestre la inexactitud del Registro, sino después de haber sido apartados los bienes de la ejecución y en un juicio ordinario ulterior (Roca Sastre).

En circunstancias normales, es difícil que llegue a aplicarse el artículo 38.3 LH, puesto que lo lógico es que decretada la anotación preventiva de embargo esta no llegue a practicarse por denegarla el registrador en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 LH (tracto sucesivo) (Roca Sastre).

d) Procedimientos sumarios de ejecución hipotecaria.

El artículo 129 LH (modificado por la Ley 5/2019) relativos al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, constituyen una aplicación procesal del principio de legitimación registral, habida cuenta que el ese procedimiento ejecutivo se apoya básicamente en el contenido del Registro por lo que hace a su existencia, titularidad y extensión del Derecho real de hipoteca en función de garantía de un depósito vencido. Solo excepcionalmente se toma en cuenta, dentro del proceso ejecutivo, la realidad extrarregistral discordante del Registro, en los supuestos señalados en el artículo 132 LH. Todo ello sin perjuicio de promoverse el correspondiente juicio declarativo ordinario, dentro del cual puede atacare a fondo el contenido registral (Roca Sastre).

Lo mismo se puede alegar con respecto del proceso venta extrajudicial ante notario, admitido por el artículo 129.2 LH.

e) Procedimiento especial para el ejercicio de acciones reales derivadas de derechos inscritos que implique posesión: la acción real registral del artículo 41 LH.

El artículo 41 LH establece: «Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente».

Las acciones reales a las que hace referencia este precepto son aquellas como la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria del dominio o de derechos reales sobre inmuebles que entrañe posesión. Esta acción está a mitad camino entre las *acciones posesorias* (los interdictos de retener o de recobrar) y el ejercicio de la *acción reivindicatoria* que corresponde al propietario.

Esta acción es una manifestación del principio de legitimación registral, puesto que se apoya fundamentalmente en el contenido del Registro, de modo que el titular no tiene que demostrar la existencia del derecho, del que ejercita la acción real que lo protege, puesto que la demostración del derecho ya la proporciona el Registro (Roca Sastre).

Los resultados del procedimiento sumario del artículo 41 LH no tienen efecto de cosa juzgada y pueden ser objeto del correspondiente procedimiento declarativo ordinario. El procedimiento del artículo 41 LH se diferencia de los procedimientos sumarios de ejecución hipotecaria, en que en aquel se ejercitan acciones reales derivadas de derechos inscritos que implican posesión, mientras que en los segundos aunque también se ejecutan acciones derivadas de derechos inscritos, estos no entrañan posesión como sucede con la hipoteca (Roca Sastre).

4. EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO Y DEMÁS DERECHOS REALES INSCRITOS

En el artículo 38.2 LH se dispone que «Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de los inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero».

El supuesto contemplado en este artículo se refiere a que si alguien pretende entablar una acción que esté en contradicción con un derecho de propiedad o derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad, tendrá que entablar al mismo tiempo o previamente una demanda solicitando que se anule o cancele la inscripción del Registro en la que consten aquellos derechos que se pretenden anular o cancelar. En el supuesto de que en una demanda no se observase lo dispuesto en este artículo se desestimaría aquella demanda.

Ej.: si hay que interponer una acción reivindicatoria contra una persona que tiene inscrita a su nombre el inmueble que se reclama, en la demanda habrá que solicitar que al mismo tiempo que se cancele o anule el asiento en el que conste el derecho de propiedad del actual titular.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

No obstante, la jurisprudencia ha mitigado la dureza de esta norma y permite que, aun no pidiéndose, se admita y estime la demanda y en ejecución de sentencia, se ponga en consonancia el Registro con lo declarado en la sentencia: así, sentencias de 1 abril 1998 (RJ 1998/1912) y 18 marzo 1997 (RJ 1997/1982).

5. LA USUCAPIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

5.1. La usucapión y el registro

El instituto de la usucapión o prescripción adquisitiva puede entrar en conflicto con los derechos reales inscritos. Por lo que habrá que determinar si los derechos reales inscritos pueden ser usucapidos, y en caso afirmativo habrá que establecer su alcance y límites (Díez-Picazo y Gullón).

La Ley Hipotecaria dedica los artículos 35 y 36 a resolver las cuestiones relativas a la usucapión de derechos inscritos. La idea fundamental que preside estos preceptos, según Roca Sastre, consiste en preservar los intereses del tercer adquirente a quien se le ha transferido un derecho que ya ha perdido valor por efecto de una usucapión que ya ha producido sus efectos, esto responde al juego de la fe pública registral (ex art. 34 LH) dirigido a mantener una adquisición derivada de un titular no real.

La doctrina distingue posibilidades de usucapión de acuerdo con lo establecido en la Ley Hipotecaria, y según que aquella institución haya operado de acuerdo o en contra de lo establecido en el Registro.

5.2. Usucapión conforme al Registro o *secundum tabulas*

Se encuentra regulado este supuesto en el artículo 35 LH que establece que: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

La razón de ser de este precepto es la de posibilitar al titular registral que ha adquirido de un *non dominus* (de quien no es el verdadero dueño), sin estar protegido por el artículo 34 LH, que pueda consolidar su adquisición por la vía rápida de la prescripción ordinaria. Es decir, que gracias a la inscripción el artículo 35 LH convierte una usucapión en ordinaria, que de otra forma hubiera sido extraordinaria.

Para ello, el artículo 35 LH se vale de dos medidas: en primer lugar, otorga a la inscripción el valor de justo título que es el requisito que separa a la usucapión ordinaria de la extraordinaria; y, finalmente, adopta la presunción *iuris tantum* de que el titular registral ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento (Roca Sastre).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Requisitos de aplicación del artículo 35 LH:

1.º Deben confluir en una misma persona la cualidad de titular registral y de poseedor real o efectivo de la misma finca o derecho real limitado.
2.º La inscripción registral ha de ser de dominio o de algún derecho real susceptible de posesión, puesto que en caso contrario no sería posible la usucapión.
3.º El titular registral ha de ser un poseedor *ad usucapionem*, pero que por haber adquirido de quien no es el verdadero dueño (*non dominus*) no está protegido por la buena fe registral y por ello tiene que acudir a la usucapión. En caso de haber concurrido las circunstancias del artículo 34 LH no hubiese sido necesario acudir a la usucapión.

5.3. Prescripción extintiva conforme al Registro o *secundum tabulas*

De este tipo de prescripción no se ocupa la LH, esta no es una prescripción que se apoye en el Registro, sino que es una prescripción que se produce extrarregistralmente, pero cuyo resultado extintivo viene a coincidir con el contenido registral, consistente generalmente en una cancelación indebida o equivocada de un derecho real en cosa ajena que vuelve a ser reinscrito (Roca Sastre).

Otro ejemplo sería la cancelación de hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena que hayan prescrito conforme a la legislación civil según la fecha que conste en el Registro, como consecuencia de la conclusión del denominado expediente de liberación de cargas y gravámenes (arts. 198, 209 y 210 LH).

En este sentido el artículo 209 LH establece que «el procedimiento de liberación de gravámenes se aplicará para cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena que hayan prescrito con arreglo a la legislación civil, según fecha que conste en el Registro».

5.4. Usucapión contraria al registro o *contra tabulas*

El artículo 36 LH dedica a la usucapión *contra tabulas* sus tres primeros párrafos que contienen una regla general y dos reglas especiales. El párrafo 3 constituye la regla general, el primero la regla primera especial y el segundo la segunda regla especial (Roca Sastre).

a) Regla general

Los bienes inmatriculados o inscritos en el Registro son susceptibles de ser adquiridos por usucapión por otra persona distinta del titular registral. Ninguna

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

norma hipotecaria impide como regla la usucapión *contra tabulas*, es decir en contra del Registro. Esta usucapión se regirá por la normas de Derecho civil puro (Roca Sastre).

El usucapiente tendrá en este caso acción para obtener mediante el asiento que corresponda la rectificación del Registro, procediéndose en consecuencia a la inscripción del dominio o del derecho real adquirido.

Esta regla general se desprende del artículo 36.3 LH que establece: «En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil».

b) Regla primera especial

Esta regla constituye una excepción muy condicionada a la regla general anterior y está dispuesta en favor del tercer hipotecario en los supuestos de usucapión consumada o cuasi consumada (Roca Sastre).

La regla general del artículo 36.3 LH no se aplica en términos absolutos, puesto que preserva de la actuación de la anterior regla general a quienes tengan la consideración de terceros. El artículo 36.1 desarrolla esta excepción a la regla general, que se produce cuando en el proceso de la usucapión se interfiere quien tenga la condición de tercer hipotecario protegido por el artículo 34 LH. El supuesto del artículo 36.1 LH debe estudiarse de forma separada, distinguiendose entre el caso de la usucapión consumada y la cuasi consumada.

1º. Usucapión consumada. Cuando la usucapión de un inmueble o de un derecho real inscrito, ya esté consumada, la misma no perjudicará al tercero que posteriormente adquiera el inmueble o derecho real si concurren los tres requisitos exigidos en el artículo 36.1:

a) que sea un tercer hipotecario, es decir, que sea un tercer adquirente que reúna las circunstancias necesarias para gozar de la protección de la fe pública registral. En este caso sería la ignorancia de la existencia de la usucapión.

b) que no se demuestre que el tercer adquirente conoció o tuvo medios racionales y suficientes para conocer, al tiempo de perfeccionarse la adquisición, que la finca o derecho adquirido estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

c) que el tercer adquirente no consienta expresa o tácitamente, la antes aludida posesión de hecho y a título de dueño durante todo el año siguiente a la adquisición.

2.º Usucapión cuasiconsumada. El párrafo primero del artículo 36 asimila a la usucapión consumada, la usucapión que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición efectuada por el tercer adquirente. No obstante, entre ambas usucapiones existe una sustancial diferencia, puesto

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

que la cuasiconsumada puede interrumpirse por cualquiera de los medios previstos por el Código Civil (arts. 1945 y 1948) o en el artículo 41 LH.

c) Regla segunda especial

Esta regla aparece recogida en artículo 36.2 y se refiere a la denominada usucapión comenzada o en curso: «La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total».

Nos dice Roca Sastre que la redacción de este párrafo es desafortunada, puesto que no cabe hablar de prescripción comenzada, sino de posesión *ad usucapionem* y además porque se olvida de matizar que este titular inscrito tiene la condición de tercer hipotecario, puesto que en caso contrario se aplicaría la regla general, es decir las normas de la prescripción del Derecho civil puro y duro.

El perjuicio a que se refiere este párrafo se refiere a la no posibilidad de utilizar la vía del artículo 41 LH, pero comoquiera que la usucapión no ha sido todavía consumada podrá interrumpirse por cualquiera de las vías civiles. Es decir, que hasta antes de transcurrir el año puede interrumpirse a través del artículo 41 y las vías civiles, pero a partir del año solo por la última vía (Díez-Picazo y Gullón).

5.5. Prescripción extintiva contraria al registro o *contra tabulas*

El último párrafo del artículo 36 LH establece: «La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero».

Esta prescripción es la que tiene lugar por el no uso del correspondiente derecho durante el tiempo fijado por la ley (ej., 20 años para el usufructo). Es decir, que quien adquiere un derecho de usufructo que a pesar de figurar inscrito como subsistente ya no existe en la realidad extrarregistral, por causa de prescripción extintiva, no adquiere nada, aunque el tercero reúna los caracteres de tercer hipotecario (Roca Sastre).

Este es un supuesto de usucapión liberatoria es la que tiene lugar cuando se extingue un derecho real en cosa ajena, cuando el usucapiente ha poseído la cosa —que en verdad estaba gravada— como libre de toda carga o gravamen (Díez-Picazo y Gullón).

El artículo 36.4 LH se preocupa de determinar en que medida afectará la usucapión a los titulares de derechos reales sobre el inmueble que otro ha ganado para sí mediante la usucapión: «Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de este. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo».

La STS de 21 enero 2014 declara que el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36, apartados I y II, de la Ley Hipotecaria de 1946 que regula los distintos supuestos de usucapión contra tabulas.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 8. La fe pública registral

1. LA FE PÚBLICA REGISTRAL

1.1. Introducción

La eficacia de la inscripción tiene su máximo exponente en el principio de la fe pública registral que es el elemento básico de todo el sistema hipotecario. Se conoce por *fe pública registral* aquel principio en virtud del cual el tercero que lleva a cabo un negocio adquisitivo confiándose y amparándose en lo que el Registro publica ve convertida por él la situación registral en inatacable.

La ley, en beneficio de los terceros adquirentes de buena fe, reputa exacto el contenido de los libros hipotecarios, aunque su contenido no coincida con la realidad jurídica extrarregistral. Este principio halla su justificación en la necesidad de proteger la seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria (Roca Sastre); la misión del Registro de la Propiedad no es otra que la de dotar de seguridad jurídica al que realiza una adquisición inmobiliaria (Lacruz).

Ej.: quien adquiere el derecho de propiedad (o una servidumbre o una hipoteca), confiado en la exactitud del Registro se convierte en propietario (titular de la servidumbre o hipoteca), aunque la persona inscrita en el Registro como propietario no lo fuese en realidad. Este sería el caso del titular registral que hubiera vendido esa finca mediante contrato privado a otra persona que se habría convertido en propietario por haber concurrido en la compraventa los requisitos del título y modo. Sin embargo, esta compraventa por no haber accedido nunca al Registro no podrá afectar al tercer adquirente de buena fe.

El principio de fe pública es una manifestación del principio de exactitud (Roca Sastre).

1.2. La formulación legal de la fe pública

El principio de la fe pública se incorpora a un conjunto de normas que tienen como objetivo la protección de la confianza creada por la apariencia de un

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

derecho. Este principio se encuentra recogido principalmente en los artículos 32 y 34 LH.

El contenido del artículo 32 LH es coincidente con el del artículo 606 CC: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

En este precepto, según Díez-Picazo, se encuentra formulado el principio de la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros, de modo que quien ostente derechos en virtud de un título que no haya sido inscrito en el Registro, no puede ejercitar tales derechos frente al tercero protegido, ni formular en base a tales derechos una pretensión que pueda resultar perjudicial para el tercero.

En relación con este precepto se habla se eficacia negativa de la publicidad, puesto que aquellos títulos por su condición de derechos reales deberían producir eficacia *erga omnes*, es decir frente a terceros, pero, en virtud del artículo 32 LH, esta eficacia se ve limitada por la no publicación del título (Díez-Picazo).

Al lado de la eficacia negativa o inoponibilidad de lo inscrito, que es la línea más tradicional en nuestro derecho, se ha consagrado, en el artículo 34 LH, el principio de la eficacia positiva de la publicidad o plena protección de la eficacia registral.

El artículo 34 LH establece:

> El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez ya ha inscrito su derecho aunque después se anule o resuelva al del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.
> La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro
> Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

El artículo 34 hace inatacable la adquisición llevada a cabo por los «terceros» que han celebrado un negocio jurídico adquisitivo de carácter oneroso, confiando en la veracidad del Registro, los cuales son protegidos convirtiendo para ellos su expectativa en una situación jurídica absolutamente firme y transformando para ellos la presunción de exactitud registral en una presunción *iuris et de iure.*

Aunque el precepto central o básico de la fe pública registral es el artículo 34 LH, este principio también encuentra su aplicación en otros preceptos como el mencionado artículo 32 LH y sus concordantes (arts. 13, 15, 69, 76 y 144 LH); el artículo 40 LH; así como los artículos 31, 220 y 37 LH (Roca Sastre).

2. CONDICIONES DE LA PROTECCIÓN REGISTRAL

2.1. La condición de tercero hipotecario

En Derecho civil el concepto de tercero se opone al de parte. Esta es una noción de tipo negativo, de modo que tercero es aquel que no es parte. En materia

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

contractual, es *tercero* con relación a un determinado negocio jurídico, aquel que resulta extraño al mismo, aquel que no ha participado en su creación ni le alcanzan directamente sus efectos; al tercero civil no le alcanzará el principio de relatividad contractual del artículo 1257.1 CC: «Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos».

Según Roca Sastre, puede concluirse que tercero civil: «es el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado como parte en su formación y desenvolvimiento».

El concepto de tercero hipotecario, como destinatario de la protección de la fe pública registral, según Roca-Sastre, es el siguiente: «Es el tercer adquirente por negocio jurídico, de un derecho real inmobiliario inscrito, que en función del Registro inexacto es mantenido en su adquisición por la fe pública registral, siempre que concurran las demás circunstancias exigidas por la ley para tal protección».

La nota más característica del tercero es la de ser adquirente en función del registro inexacto, puesto que si el contenido del Registro es exacto por ser concordante con la realidad extrarregistral, el tercero hipotecario es un tercer adquirente civil al que la fe pública no puede proteger en su adquisición, puesto que esta no corre ningún peligro (Roca Sastre).

2.2. La constancia de la titularidad registral y de las facultades del disponente

Una consecuencia derivada del artículo 34 LH es que no puede ser nunca un tercero hipotecario, protegido por la buena fe registral, el inmatriculante, es decir, aquella persona que con su título provoca la primera inscripción de una finca en el Registro de la Propiedad, puesto que no puede adquirir de un titular anterior inscrito, por lo tanto no gozará, en consecuencia, de la protección de la buena fe registral. Esto es así ya que el Registro no puede dar noticia alguna de dicha finca porque registralmente no existe hasta que se inmatricule (Díez-Picazo).

Cuando el tercero es quien adquiere del inmatriculante, solamente podrá ser tercero hipotecario cuando haya transcurrido el período de vacación de dos años que señala el artículo 207 LH: «Las inscripciones de inmatriculación practicadas de acuerdo con los dos artículos anteriores [205 y 206] no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha».

Las posteriores transmisiones sí que se encontrarán protegidas por el artículo 34 LH.

2.3. Requisitos legales para ser tercero hipotecario

Los requisitos para ser tercero protegido por la fe pública registral aparecen formulados en el artículo 34 LH en forma muy clara (Díez-Picazo) y son los siguientes:

1) Que el tercero protegido sea adquirente del dominio de un inmueble o de un derecho real limitativo del dominio.
2) Que la adquisición del tercero se haya realizado de buena fe, es decir confiando en lo que el Registro pública. La doctrina y la jurisprudencia coinciden al exigir un doble aspecto a la buena fe del tercero adquirente:

En un sentido positivo la buena fe consiste de la creencia por parte de quien pretende ampararse en la protección registral de que la persona que constituye el derecho real era dueña del inmueble gravado y que tenía facultades de disposición para constituirlo, tal como señala el artículo 1950 CC. En sentido negativo, consiste en la ignorancia o desconocimiento de los vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad del transmitente (STS 28 noviembre 1996, RJA 8590) .
La concurrencia de la buena fe debe exigirse, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, en el momento en que el tercer adquirente perfeccione su adquisición a tenor de lo dispuesto en el artículo 609 CC (teoría del título y del modo).

3) El negocio jurídico adquisitivo del tercero ha de basarse en un negocio jurídico a título oneroso. De modo que las adquisiciones a título gratuito no están amparadas por lo dispuesto en el artículo 34 LH.
4) El tercero tiene que haber adquirido el derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo. Las facultades y poderes dispositivos tienen que resultar del propio Registro.
5) Finalmente, se exige que el tercero a su vez haya inscrito su propia adquisición, es decir que no es suficiente el hecho de que el tercero haya contratado confiando en el Registro.
El requerimiento quedará cumplido tan pronto como se hubiera practicado el asiento de presentación o igualmente cuando se hubiera llevado a cabo la anotación preventiva del artículo 42.9 LH.

A esta serie de requisitos hay que añadir otro que no ha sido exigido por el artículo 34, pero que según Roca Sastre, debería de haberlo hecho: que el negocio jurídico adquisitivo del tercero sea válido como negocio, por consiguiente la fe pública registral no operará si falta este requisito, aunque se den todos los demás. No puede invocar en su favor la protección de la fe pública del Registro el tercer adquirente en virtud de negocio jurídico nulo.

En este sentido la STS 24 octubre 1994 (RJ 1994/7680) establece que «si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria para que el artículo 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 de la propia Ley Hipotecaria, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 solo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 es una excepción al anterior artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad».

3. EL ART. 32 LH Y LA PROTECCIÓN DEL TERCERO

El artículo 32 LH establece que «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

El tercero al que se refiere este precepto debe ser, igual que el tercero del artículo 34 LH, un tercero hipotecario, (y no un tercero civil) es decir un adquirente del dominio o un derecho real limitativo. Esta idea tiene su fundamento en la finalidad misma del Registro, puesto que su finalidad es la de proteger a los adquirentes y evitar que sean defraudados. El Registro no protege a los acreedores o los titulares de derechos personales más que en el momento en que se han transformado en titulares de una situación jurídico-real (Díez-Picazo).

El requisito de la buena fe también le será exigible al tercero ex artículo 32 LH, aún a pesar del silencio legal, así lo entiende la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia (Díez-Picazo). En el caso de la doble venta del artículo 1473 la protección del segundo comprador inscrito solo tiene lugar si aquel lo es de buena fe.

La exigencia de la onerosidad en la adquisición, tiene partidarios y detractores entre la doctrina; según Díez-Picazo, aquel requisito no es necesario, puesto que cuando la ley ha considerado necesario introducir la nota de la onerosidad como presupuesto de la protección registral, la ha exigido expresamente (*vid.* arts. 31, 34, 36 y 40 LH).

La consecuencia jurídica de este precepto es la de una falta de perjuicio del derecho del tercero por la omisión de la inscripción. De manera que los títulos no inscritos no son oponibles a terceros, es decir que no es posible fundar en el título no inscrito una pretensión dirigida contra el tercero inscrito. En consecuencia el título no inscrito deviene ineficaz (Díez-Picazo).

La relación existente entre el artículo 34 y el 32 LH es la siguiente: la norma básica de la fe pública registral se encuentra en el artículo 34 LH, de modo que el artículo 32 y todos los demás preceptos concordantes, no son sino aplicaciones concretas de aquel principio general. De ahí que los artículos 34 y 32 sean complementarios (Díez-Picazo).

El artículo 34 contiene el aspecto positivo de la fe pública, de modo que lo inscrito constituye para el tercero la base de una confianza que resulta protegida. En la medida en que algo está protegido por el Registro, determina para el tercero una presunción *iuris et de iure* de veracidad. La falta de exactitud o la rectificación no afectan al tercero (Díez-Picazo).

El artículo 32 contiene el aspecto negativo de la fe pública, de manera que lo no inscrito es como si fuera inexistente para el tercero, a quien le es inoponible. Lo anterior no es sino una aplicación particular del principio general contenido en el artículo 34; de modo que el este precepto es de superior jerarquía al artículo 32 que debe quedar integrado o completado por el aquel primero (Díez-Picazo).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4. ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DEL REGISTRO

Cumplidos los requisitos exigidos para la aplicación de la fe pública registral al tercero hipotecario, el efecto jurídico principal es hacer inatacable su adquisición, en este sentido el artículo 34 LH dice que «el tercero será mantenido en su adquisición». Aquella adquisición estará dotada de una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario. La fe pública, registral hace inmune al tercero de la consecuencia que podía tener para su adquisición una acción de nulidad o de resolución que pretendía atacar el derecho del transmitente siempre y cuando las causas en que fundase aquella acción no constasen en el Registro.

El tercero no solo es mantenido en su adquisición, sino que lo es en los términos resultantes del Registro, ya que al tercero la discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral no le afecta, puesto que el tercero puede atenerse en su adquisición a lo que el contenido registral expresa (Roca Sastre).

Según la índole de la inexactitud registral, cabe que el tercero hipotecario haya realizado tres tipos diferentes de adquisición (Roca Sastre):

a) Adquisición *a non domino*. Es cuando el tercero ha adquirido de un titular registral que carece totalmente de derecho sobre la finca. Ej.: porque la anterior transmisión se inscribió por error, por haberse anulado, revocado, rescindido, caducado, etc.

b) Adquisición en parte *a non domino* y en parte *a domino.* Es el caso en que la adquisición se efectúa a un titular que en realidad solo lo sea en la realidad extrarregistral de una cuota de la finca.

c) Adquisición *a domino.* Es el supuesto en que la adquisición proceda de un titular registral que lo sea en realidad, si bien su derecho en la realidad extratabular está configurado de manera diferente a tal como figura en el Registro.

Es decir, que el derecho se ha expresado con error en el asiento (arts. 31 y 220 LH); no ha sido inscrito (arts. 32 y 144 LH); se inscribió y su asiento consta cancelado (art. 40.d LH).

La Ley Hipotecaria en el artículo 34.2 establece una presunción *iuris tantum* en relación con la preexistencia de la buena fe del tercero, esta se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

El artículo 37 LH completa el ámbito de protección del artículo 34 LH al señalar que las *acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias* no se darán contra el tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la ley. Esta regla no obstante se acompaña de una serie de excepciones que constan en el mismo precepto.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

5. EFICACIA Y NATURALEZA DE LA ADQUISICIÓN EN VIRTUD DEL REGISTRO

Según el artículo 33 LH, los actos y contratos que dieron lugar a la adquisición no resultan convalidados por la inscripción que se practique al amparo del artículo 34 LH. No obstante, el titular inscrito gozará de las presunciones del artículo 38 LH.

Es decir, que el tercero de buena fe queda protegido frente a los actos y contratos celebrados entre su transmitente y su causante. Pero la buena fe no se aplica a los actos y contratos en cuya virtud el tercero se convierte en titular de su derecho.

Si C adquiere una finca de B, la buena fe registral le protegen de la contingencias relativas a los contratos y actos jurídicos celebrados entre B y A. La buena fe no se aplica los contratos y actos jurídicos celebrados entre C y B.

Por su parte, el artículo 32 LH señala que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a terceros.

6. LOS LÍMITES DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL

La buena fe registral no desenvuelve o despliega de forma automática y plena sus efectos protectores. En algunos supuestos el tercero hipotecario, aún a pesar de reunir los requisitos para ser tercero hipotecario no está amparado por la fe pública, se produce una suspensión en el tiempo de dichas consecuencias jurídicas (Valpuesta).

1) La inscripción de derechos reales y del dominio de inmuebles adquiridos por título de herencia o de legado no surtirán efecto frente a tercero hasta transcurrido dos años desde la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos (art. 28 LH).
   Este precepto pretende salvaguardar durante el período de dos años el derecho del heredero real no inscrito y de sus derechohabientes tampoco inscritos y en perjuicio del adquirente y subadquirente del heredero aparente inscrito, aunque tengan la condición de terceros hipotecarios, respecto de las adquisiciones realizadas durante el mencionado plazo (Roca Sastre).
2) La inmatriculación de fincas practicadas en virtud de los procedimientos establecidos en los artículos 205 y 206 LH quedarán suspendidas durante el plazo de dos años en cuanto a los efectos de los asientos de inmatriculación (art. 207 LH).
   El sentido de este precepto consiste en que el artículo 34 dejará de actuar durante dos años en salvaguarda de los derechos del posible dueño real no inscrito y de sus derechohabientes tampoco inscritos y en perjuicio del adquirente y subadquirentes del que figura como titular inmatriculante de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

la finca, aunque tengan la condición de terceros hipotecarios, respecto de las adquisiciones efectuadas en aquel plazo.

La razón de la suspensión de la fe pública registral estriba en la excesiva facilidad que la ley otorga para la inscripción mediante títulos públicos de adquisición (art. 205 LH) y certificaciones administrativas de dominio (art. 206 LH). Este precepto no será de aplicación cuando la inmatriculación haya tenido lugar mediante el expediente de dominio, habida cuenta de las garantías que este procedimiento ofrece (Roca Sastre).

3) En el supuesto de doble inmatriculación de una finca a favor de personas distintas el valor de cada inscripción queda neutralizada por lo que no será de aplicación el artículo 34 LH. En este caso, la jurisprudencia ha establecido que el valor de ambas inscripciones se neutraliza y hay que resolver el conflicto suscitado mediante las normas del derecho civil puro, quedando en consecuencia apartado en su actuación el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria (Roca Sastre).

   En este sentido, la STS 23 septiembre 2011 (RJ 2012/3376) se refiere a la doble inmatriculación como «una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad consistente en que una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número». Como dice la sentencia de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6643) «se genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asistentes […] al haberse producido la doble inmatriculación probada, no se producen todos los efectos que derivan de la inscripción y por tanto, cuando existe una colisión entre dos folios registrales, o entre varios como ocurre en el caso presente, la preferencia entre los titulares debe ser determinada en el juicio declarativo correspondiente y de acuerdo con las reglas del derecho civil. Como afirma la doctrina más autorizada, la protección del artículo 34 LH no llega a «despojar a quien también aparece en el Registro con facultades para transferir», por lo que el transferente en el caso de la doble inmatriculación, no está plenamente legitimado y ello puede comprobarse con la simple consulta de ambos folios registrales. Esta doctrina debe aplicarse también en el caso, como es el actual, en que los litigantes podrían ser considerados como terceros de buena fe en sus respectivos folios.

7. EL ART. 33 LH Y SU RELACIÓN CON LA FE PÚBLICA REGISTRAL

El artículo 33 LH establece: «La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes».

Este precepto según la mayoría de la doctrina es inútil y superfluo, ya que un «sistema de exactitud del contenido del Registro» como el español, puesto que la nulidad o anulabilidad de un acto inscribible inscrito es tratado como uno

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de los varios supuestos de inexactitud registral y, por lo tanto, puede ser objeto posterior de rectificación registral (Roca Sastre).

En ese sentido se manifiesta el artículo 40.d LH cuando autoriza la rectificación del Registro inexacto «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad, o defecto del título que hubiere motivado el asiento», y en el último párrafo del mismo establece que «en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará a los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto».

En conclusión, se puede afirmar que en nuestro sistema la inscripción de un título no tiene eficacia sanante y, por lo tanto, el acto inscrito puede ser declarado nulo en cualquier instante. Por ello se puede afirmar que el artículo 40 LH es prevalente al artículo 33 LH, al que se le puede calificar como prescindible (Roca Sastre).

No obstante, este artículo 33 LH presupone como posible que en el Registro hayan tenido acceso actos y contratos nulos aún a pesar del filtro que supone la calificación registral, bien sea por error o por imposibilidad de detectar la nulidad. Ej.: un título falso (Roca Sastre).

El TS en las sentencias de 16-5-1994 (RJA 3585) y de 16-5-1994 (RJA 3083) ha establecido que entre ambos preceptos existe la siguiente relación: «en terrenos de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario tipificado en el art. 34, se prescribe que la tutela inmersa en su verdad formal no quedará afectada «aunque después se anule o resuelva el del otorgante...», sanción, cuyo exacto alcance conduce a la siguiente dualidad en su directa relación con precedente art. 33»:

> Si la nulidad afecta al título del tercero, esto es, el acto o contrato verificado entre el anterior titular registral y este subadquirente, el mandato de repetido artículo 33, impide el juego de la fe pública registral, y, por ende, aquel tercero no estará protegido, a causa, es obvio, de que en rigor ya no es el tercero hipotecario pues su título o acceso registral fue declarado nulo con arreglo a las leyes.
> Si la nulidad no afecta al título adquisitivo de este tercero, y sí solo al de su «otorgante» o transmitente registral, entonces la indemnidad de la tutela «ex art. 34 deviene inconclusa, porque frente a la general prescripción de ese art. 33 prevalece la regla del 34», y por ello también la doctrina más conocida, habla de que «este art. 33 tiene como excepción el art. 34 respecto al subadquirente» y en esos términos ha de entenderse la doctrina sentada por la sentencia citada de 17 octubre 1989 («El art. 34 solo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio»).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 9. Organismos de la publicidad inmobiliaria

1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. LA PUBLICIDAD FORMAL

El Registro de la Propiedad es una oficina destinada a la constancia de las titularidades inmobiliarias y a su consiguiente publicidad. La Ley Hipotecaria de 1861 dispuso en su primer artículo que se estableciera «un Registro en todos los pueblos cabeza de partido judicial».

El territorio nacional está dividido en demarcaciones registrales adscritas, cada una, a un Registro de la Propiedad. La Oficina del Registro es un local que contiene el archivo ordenado de los libros registrales y el despacho donde el registrador desempeña sus funciones.

2. LOS LIBROS DEL REGISTRO

El Registro de la Propiedad es una oficina administrativa constituida fundamentalmente por un archivo formado por libros en los que se almacena la información relativa a la propiedad inmobiliaria y a los derechos reales que pesan sobre ella. El artículo 238 LH establece que el Registro de la Propiedad ha de llevarse en libros foliados y visados judicialmente. Los libros son volúmenes encuadernados, donde, una vez cumplidas las formalidades de apertura, se extienden los asientos Estos libros son uniformes para todos los Registros y han de llevarse con las precauciones para imposibilitar cualquier fraude o falsedad. Solo hacen fe los libros que se llevan cumpliendo las disposiciones legales. Los libros nunca pueden sacarse de la oficina, por lo que todas las diligencias, judiciales o extrajudiciales han de practicarse en la oficina del Registro (Díez-Picazo).

Los libros del Registro son los siguientes (art. 362 RH):

Libro de inscripciones, en el que se practican este tipo de asientos.
Diario de las operaciones del Registro, en el que se practica el *asiento de inscripción.*
Libro de incapacitados (ahora denominado «Libro de alteraciones en las facultades de administración y disposición», arts. 386 a 391 RH [386, 387, 388 y 391 nulo por sentencia de 31 de enero del 2001]).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Índice de fincas (rústicas y urbanas) e índice de personas, siempre que éstos no se lleven mediante sistema de fichas u otros medios de archivo y ordenación autorizados por la Dirección General.
Libro de estadística
Libro especial de anotaciones de suspensión de mandamientos judiciales, laborales o administrativos.
Inventario, y
Los libros y cuadernos auxiliares que los Registradores juzguen convenientes para sus servicios.

El RD de 25 mayo de 1983, considerando la conveniencia de agilizar el despacho de documentos en los registros de la Propiedad así como la de proporcionar al registrador un medio de control sobre la documentación existente en el Registro, ha dispuesto que en todos los registros de la Propiedad (…) se llevará un libro-registro de entrada. Este libro carece de efectos sustantivos, de modo que los asientos del libro-registro de entrada no se presumirán exactos a efectos registrales ni determinarán la fecha de las inscripciones.

3. LA PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO

La LH y el RH dictan reglas particulares para la práctica de cada asiento.

A. Inscripciones. Estos asientos se consignan en el libro de inscripciones, salvo las de incapacitación, con número consecutivo al del asiento anterior. Las inscripciones llamadas extensas deben contener los requisitos del artículo 9 LH. Junto a las extensas hay también «inscripciones concisas», simplificadas con relación a la normal, que se practican cuando un título comprende inmuebles situados dentro de un mismo término municipal.
B. Anotaciones preventivas. Según el artículo 72 LH, contendrán las circunstancias que se exigen para las inscripciones. La anotación se practica en el mismo libro que las inscripciones, y en igual lugar, con la sola diferencia de que los *asientos de la anotación* van ordenados por *letras*, en lugar de por números, y manifiestan que son anotaciones.
C. Cancelaciones. Se practican de igual forma que las inscripciones, y se numeran conjuntamente con ellas. De toda cancelación que se verifique pondrá el Registrador nota fechada y firmada al margen de la inscripción o anotación cancelada, en la cual se haga constar el tomo, folio y número o letra del asiento cancelatorio (art. 195 RH).
D. Notas marginales. No se numeran, se extienden siempre al margen izquierdo de los libros correspondientes, que queda en blanco para la extensión de las mismas (arts. 365, 366, 373 y 375 RH).

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

4. LOS MEDIOS O INSTRUMENTOS DE LA PUBLICIDAD FORMAL

La publicidad del Registro se hace efectiva, también, de otra parte, a través del sistema de manifestaciones y de certificaciones que la Ley y el Reglamento hipotecarios regulan.

La manifestación de los libros del Registro (art. 222 LH). Tienen lugar en la misma oficina del Registro, en virtud de petición verbal o escrita de la persona que tenga interés en consultarlo, siempre que indique claramente las fincas o derechos cuyo estado pretende averiguar. La exhibición de los libros solo se hará durante el tiempo que el Registrador no los necesite para el servicio de la oficina; el consultante cuidará, bajo su responsabilidad, de la conservación e integridad del libro que examine, y podrá tomar de él las notas que juzgue necesarias para su uso.

La nota simple informativa. Se trata prácticamente de una certificación sin garantía. Es una nota emitida sin ninguna formalidad, extendida en papel común y no sirve para acreditar auténticamente el contenido del Registro, solo sirve para conocerlo. No produce efectos jurídicos. Se emite a petición verbal o escrita del interesado que indique con precisión las fincas o derechos cuyo estado pretende averiguar (Díez-Picazo). Ej.: esta es la forma mediante la cual el comprador podrá conocer la situación de la finca que piensa adquirir.

Las certificaciones. Las certificaciones son copias o traslados, literales o en relación, de los asientos del Registro bajo la fe del registrador (Roca-Sastre). Las certificaciones tienen valor de documento público. La certificación es el único medio de acreditarse, en perjuicio de tercero, la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos en el Registro (Díez-Picazo).

Las certificaciones deben ser solicitadas por escrito, mediante instancia —si se trata de particulares, mandamiento —si de jueces, tribunales o agentes ejecutivos—, u oficio —si de otras autoridades o funcionarios—.

Están legitimados para instar la publicidad formal en el Registro (art. 352 RH) —aparte de las autoridades, tribunales y funcionarios que se encuentren tramitando expedientes, juicios o actuaciones—, los particulares que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.

Por consiguiente, puede el Registrador denegar la manifestaci«ón o certificación solicitada, cuando estime que el particular solicitante carece de «interés conocido». Además, si la solicitud no se formula con suficiente claridad y precisión, el registrador la devolverá indicando verbalmente el motivo por el cual deniega la certificación, si se trata de particulares, o con un oficio especificando los antecedentes que se necesiten, cuando se trate de un juez, tribunal o funcionario.

Según el artículo 335 RH, «los Registradores de la propiedad son los únicos funcionarios que tienen facultad de certificar lo que resulte de los libros del Registro».

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

5. EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

5.1. El registrador como funcionario público

Cada Registro estará a cargo de un registrador de la propiedad, con carácter de funcionario público para todos los efectos legales. El ingreso en el cuerpo se efectúa mediante oposición. Los opositores aprobados constituyen el Cuerpo de Aspirantes, y son nombrados efectivos, conforme van quedando vacantes.

El cargo de registrador es incompatible con el de juez o fiscal, notario y, en general, con todo empleo o cargo público, aunque no sea retribuido.

5.2. Deberes y atribuciones

Como obligación previa a la toma de posesión, impone al registrador constituir fianza, afecta a las responsabilidades en que pueda incurrir por razón del cargo. Deben residir en el lugar donde desempeñen su función, observar la buena conducta pública y privada, ejerciendo con diligencia las funciones de su cargo.

Tienen derecho a desempeñar el cargo en el Registro que hayan solicitado y les haya correspondido por antigüedad y sus destinos son inamovibles, salvo caso de sanción.

El registrador percibe una retribución por el ejercicio de sus funciones. Pero a diferencia de casi todos los funcionarios públicos, esta no es fija, sino que consiste en la obligación impuesta por la ley a los particulares que utilizan los servicios del Registro, de abonarle los honorarios devengados según arancel.

5.3. Responsabilidad

Aparte de la responsabilidad penal en que pueden incurrir los registradores por la comisión de algún hecho previsto y penado en el Código Penal como delito, se hallan afectos, en este ejercicio, a responsabilidad civil y a responsabilidad disciplinaria.

Responsabilidad civil: los registradores responden civilmente, en primer lugar con su fianza y, en segundo, con sus demás bienes, de los daños y perjuicios que causen por omisión o por error. No se trata de una responsabilidad contractual; pues la obligación del registrador de desarrollar su actividad a instancia del interesado y de hacerlo con diligencia, es de Derecho Público, en cuanto ejercicio de una función pública.

Responsabilidad disciplinaria: conlleva sanción de tipo administrativo.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

6. LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Esta dirección general depende del ministerio de Justicia y, entre otras, le corresponden las siguientes funciones:

1.º La elaboración de los proyectos legislativos sobre las materias relativas al derecho notarial y registral en coordinación con la Secretaría General Técnica y el conocimiento e informe de cuantos proyectos normativos pudieran afectar a dichas materias.
2.º La organización, dirección, inspección y vigilancia de las funciones de la fe pública notarial y las de naturaleza registral en las materias de la propiedad, bienes muebles y mercantiles, la evacuación de cuantas consultas le sean efectuadas sobre aquéllas, así como la tramitación y resolución de los recursos gubernativos contra los actos de los titulares del ejercicio de las citadas funciones.
3.º La ordenación del gobierno y régimen de los Cuerpos de Notarios y de Registradores, la organización de sus procesos de selección y de provisión de puestos, así como las relaciones ordinarias con sus respectivos organismos profesionales.

Las decisiones de la DGRN afectan al registrador en dos planos.

A. Administrativa. Aun cuando el registrador se desenvuelve en su actuación con amplia autonomía, equiparable a la del juez, no obstante, está sometido a la alta dirección y a la inspección que dimana del orden jerárquico peculiar a la organización estatal. Efectivamente, el artículo 259 LH dispone que los registros de la Propiedad dependen del Ministerio de Justicia. Todos los asuntos a ellos referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
B. Jurídica. Las resoluciones de la DGRN no pueden considerarse, ni directa ni indirectamente, como fuente del Derecho Civil, y no pueden ser invocadas como doctrina legal a los efectos de mantener un recurso de casación.

En suma, la doctrina de la DGRN, vertida en sus resoluciones, no constituye jurisprudencia en el sentido judicial de la palabra, ni sirve por tanto como fundamento de casación; pero sí que constituye un cuerpo de doctrina, en materia civil e hipotecaria, que orienta, aunque no vincule, en el procedimiento relativo a la inscripción, suspensión o denegación de los asientos solicitados.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 10. Presupuestos del procedimiento registral

1. TITULACIÓN ORDINARIA

1.1. Introducción

El término *título* tiene dos acepciones: la de título en sentido material y la de título en sentido formal.

En sentido material es el acto o negocio jurídico causal de la transmisión, constitución, modificación o extinción de un derecho, o, en otras palabras, el fundamento de la atribución patrimonial (en el mismo sentido que en la doctrina del título y el modo). En sentido formal es el instrumento escrito que lo documenta.

Según Roca Sastre, la palabra *título* tiene doble significado: sustantivo o material, o sea, la causa o razón jurídica de la adquisición, modificación o extinción de un derecho (negocio jurídico, disposición legal o decisión judicial o administrativa) y formal o instrumental, o sea, la prueba gráfica o documental que constata o autentiza aquella causa o razón de adquisición

Ej.: desde un punto de vista material: la causa por la que se constituye un derecho real es porque existe un contrato. La causa por la que un heredero se convierte en propietario: por el testamento. Desde un punto de vista formal ni el contrato ni el testamento (títulos materiales) se pueden inscribir directamente, ya que necesitan de un vehículo formal —como la escritura pública—.

El concepto legal del *título formal*, como presupuesto del procedimiento registral, se encuentra:

a) definido en el artículo 33 RH: «se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, el documento público en que funde su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla»
b) descrito en el artículo 3 LH: «Para que puedan ser inscritos los títulos descritos en el apartado anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por la Autoridad judicial o por el gobierno y sus agentes».

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El artículo 2 LH se refiere al título en sentido material: «En el Registro Público se inscribirán los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos».

De acuerdo con Lacruz y Sancho, para llegar al resultado final, a la inscripción, se requiere un procedimiento del que su principal presupuesto es el título formal, ya que es el que posibilita el acceso del título material al Registral. No es que se inscriba el documento, puesto que se inscribe el título material (ej., contrato de compraventa) pero para instarla es necesario el documento en el que aquel consta.

El proceso de inscripción ha sido descrito de la siguiente manera: «en el Registro de la Propiedad se presentan títulos formales, se inscriben títulos materiales y se publican derechos o mejor titularidades» (Lacruz y Sancho).

En principio, solo son inscribibles los documentos públicos: bastaría recordar el artículo 3 LH; es decir, que para que el título material pueda ser inscrito se precisa que esté vertido en un título formal y éste ha de consistir en un documento público.

1.2. Requisitos del documento público

1) El título inscribible ha de ser un documento público auténtico (notarial, judicial o administrativo), es decir, expedido por la autoridad o funcionario competente y con las solemnidades requeridas por la ley. Así se desprende del artículo 34 RH: «se considerarán documentos auténticos para los efectos de la ley los que, sirviendo de títulos al dominio o al derecho real o al asiento practicado, estén expedidos por el gobierno o la autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos».
2) El documento ha de hacer fe por sí solo de su contenido, así pues, el documento dice oficialmente que el contenido es verdad (art. 34 *in fine* RH). Consecuencia de ello es que hay que presentar los documentos originales y la no admisibilidad de documentos privados que no dan fe de su contenido.
3) Que los documentos que integren el título inscribible han de reunir los requisitos exigibles para practicar una inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos (art. 21 LH). Las mencionadas circunstancias vienen recogidas en el artículo 9 LH, desarrollado por el artículo 51 RH.

1.3. Los documentos privados

Como norma general únicamente tienen acceso al Registro los actos que consten en documento público. Esta exigencia hace que no se admitan ni las fotocopias autenticadas ni, salvo excepciones, los documentos privados. La razón de ser de esta exigencia no es otra que la de facilitar la labor del registrador.

En supuestos excepcionales se admiten documentos privados. Entre otros: *a*) La instancia privada (que es un documento privado) en caso de heredero único

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

sirve por sí sola para que el registrador practique la inscripción correspondiente (art. 14.3 en relación con el art. 16, ambos de la Ley Hipotecaria) y *b*) La anotación preventiva del crédito refaccionario que conste en documento privado (59 LH y 155 RH) (este último modificado por STS (S. 3.ª) 24 febrero de 2000).

2. EL REQUISITO DEL TRACTO SUCESIVO

2.1. La exigencia de la previa inscripción

El primer presupuesto de la inscripción es la presentación de un título inscribible. El segundo está constituido por la exigencia de que se halle previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorgue el acto a inscribir. Este es el llamado «principio de tracto sucesivo», que exige que en el folio registral aparezca el historial de la finca de forma ininterrumpida, es decir, que en cada acto modificativo esté constatado en asiento propio. De forma que pueda establecerse sin dificultad la cadena de sucesivos adquirentes y transmitentes. Esta regla tiene algunas excepciones como el denominado «tracto abreviado» (Lacruz y Sancho). No se exige el tracto sucesivo, por cuestiones obvias, en el caso de la inmatriculación (O'Callaghan).

El principio de tracto sucesivo o de previa inscripción aparece recogido en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 20 LH:

> Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.
> En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

El principio de tracto sucesivo es una exigencia de Derecho registral, procedimentalmente formal y no de derecho sustantivo. Quiere decir ello que la previa inscripción no es requisito necesario para la validez de un acto de disposición, sino para su constancia registral.

Ej.: una compraventa realizada sin observar el requisito de previa inscripción tendrá plena validez, trasmitirá la propiedad si se cumplen con los requisitos de título y modo, si bien no tendrá acceso al Registro de la Propiedad.

La falta de previa inscripción exigida por el artículo 20 LH puede responder a que:

a) el derecho figure inscrito a favor de persona distinta del otorgante,
b) por falta de inmatriculación de la finca,
c) han habido muchos otorgantes intermedios que no han inscrito.

En el supuesto A la falta es insubsanable. En los supuestos B y C es subsanable. La subsanación consiste en inmatricular la finca o en inscribir el derecho

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

o derechos intermedios; o incluso ambas cosas a un mismo tiempo; y siempre reconstruir el escalonamiento en que el tracto constituye (Lacruz y Sancho).

2.2. Modalidades del tracto sucesivo

El artículo 20 LH contiene una serie de reglas que son excepciones a la exigencia de la previa inscripción (Lacruz y Sancho).

1) Art. 20.4: «No será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes».
2) Art. 20.5:

> Tampoco será precisa dicha inscripción previa para inscribir los documentos otorgados por los herederos:
>
> Primero. Cuando ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste.
> Segundo. Cuando vendieren o cedieren a un coheredero fincas adjudicadas pro indiviso a los vendedores o cedentes, pero en la inscripción que se haga habrá de expresarse dicha previa adjudicación pro indiviso con referencia al título en que así constare.
> Tercero. Cuando se trate de testimonios de decretos de adjudicación o escritura de venta verificada en nombre de los herederos del ejecutado en virtud de ejecución de sentencia, con tal que el inmueble o derecho real se halle inscrito a favor del causante.

Ej.: el comprador quiere inscribir su derecho de propiedad, pero necesita un documento público (ante notario), pero el vendedor va camino del notario y muere. El comprador exige y los herederos cumplen su obligación otorgando la escritura pública, pero ellos nada transmiten, el transmitente sigue siendo el causante. Luego los adquirentes, subsanado el defecto del título, pueden inscribir su adquisición sin vulnerar el tracto sucesivo (Lacruz y Sancho).

2.3. El tracto sucesivo abreviado

El tracto sucesivo abreviado es el mecanismo registral que excepciona el principio de tracto sucesivo en el que en cada eslabón del tracto, en cada asiento ha de recogerse una transmisión. El tracto abreviado permite que en un asiento registral se concentren varias transmisiones. Las sucesivas concatenaciones de transmisiones se efectúan en el mismo asiento registral (O'Callaghan).
Los principales supuestos de tracto abreviado son los siguientes:

> No se requiere un asiento especial y separado que refleje el paso del dominio indiviso del transmitente inscrito a los coherederos, pero sí constancia de esta transmisión en

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

el asiento en que se inscriba el derecho a favor del coheredero comprador (art. 20.5.2.ª LH).

Cuando en una partición de herencia, hecha después del fallecimiento de algún coheredero, si se adjudican a los herederos del coheredero fallecido los bienes que a este le correspondían, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas (art. 20.6 LH).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 11. El procedimiento registral

1. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. CONCEPTO

1.1. Concepto

Se denomina *procedimiento registral* a la sucesión reglada de actos, desde que una persona solicita la inscripción de un título o práctica de un asiento, hasta que el registrador resuelve sobre su pretensión, inscribiéndolo o suspendiendo o denegando la inscripción. Dentro del procedimiento se incluirán también los recursos impuestos contra la decisión del registrador (Lacruz y Sancho).

Por medio de estos actos regulados por el Derecho, el registrador realiza su función y los particulares pueden obtener la constancia registral de sus titularidades inmobiliarias (Lacruz y Sancho).

1.2. El principio de rogación

El procedimiento registral español sigue el principio de rogación que significa que el procedimiento registral *se inicia a ruego o instancia de parte interesada o por mandato judicial o administrativo,* de manera que el registrador no puede proceder a la extensión de los asientos de oficio ni en contra de la voluntad de los interesados.

Del principio de rogación también se extrae la exigencia de que la decisión del registrador sea congruente con lo solicitado por la persona interesada; de forma que su resolución se ajuste al asiento que se le solicita y a los documentos que se le presentan para tal finalidad (Valpuesta).

La inscripción de oficio por el registrador se produce en casos muy excepcionales de grave perjuicio a terceros, sobre todo al Estado y para salvar obstáculos registrales como la cancelación de asientos caducados (Cárcaba).

1.3. Fases del procedimiento registral

El procedimiento registral consta de las siguientes fases: *a*) iniciación del mismo mediante la petición de la inscripción por el interesado y presentación

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

de documentos para la práctica del asiento correspondiente; b) calificación del registrador, y *c*) extensión del asiento (en su caso).

2. LA PRESENTACIÓN

2.1. La petición de la inscripción

El procedimiento registral se inicia mediante dos actos íntimamente ligados:

a) Petición de la inscripción: se trata de un procedimiento de carácter dispositivo, se inicia a instancia de la parte interesada. Excepcionalmente puede iniciarse de oficio en los casos del art. 171 LH (hipoteca dotal a favor de la mujer) y los arts. 161, 164 y 422 entre otros del RH. La petición es una declaración de voluntad dirigida al Registrador en súplica de que ejercite sus funciones y practique la inscripción. Se realiza de forma escrita u oral (Cárcaba).
Según el artículo 6 LH: «La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:

- Por el que adquiera el derecho.
- Por el que lo transmita.
- Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.
- Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos».

b) Presentación del título
La petición de inscripción por sí sola no es suficiente para poner en marcha el procedimiento registral, puesto que debe ir acompañada de la presentación y puesta a disposición del Registrador de los títulos formales o documentos en base a los cuales se va a realizar el asiento, porque si no se hace así existe una imposibilidad material de continuar el proceso de registración (Cárcaba).
Hablamos de título en sentido formal (generalmente es una escritura pública). Acompañando a la solicitud, es necesaria la presentación de los títulos a la oficina del Registro. Sin ella no se pone en marcha el procedimiento registral.
Existe una diferencia conceptual entre petición y presentación: la petición es una declaración de voluntad dirigida a poner en marcha el procedimiento registral y la presentación es un hecho material (Lacruz y Sancho).
Los documentos deberán presentarse personalmente, si bien el artículo 418 RH. autoriza a extender asientos de presentación a los documentos remitidos por correo o telefax. El fax se autoriza únicamente para las comunicaciones de autorizaciones de las escrituras públicas por los notarios y para la resoluciones judiciales; estas se asentarán en el libro diario, pero el asiento de presentación que se extiende caducará a los diez días hábiles

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

siguientes si no se presenta en el Registro copia auténtica de la escritura que lo motivó.

2.2. El asiento de presentación

Según el artículo 416 RH al ingresar cualquier título que pueda producir en el Registro alguna inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal, se extenderá asiento de presentación en el libro diario.

La necesidad este asiento se encuentra en el principio de prioridad registral que supone la preferencia por el primero que accede al Registro, que será el que se beneficie de los efectos sustantivos que se derivan de la publicidad. Para la aplicación de esta regla se atiende exclusivamente a la fecha y hora en la que se presentan los documentos en el Registro de la Propiedad, y no al tiempo en el que se celebró el contrato, o se realizó el acto cuya inscripción se pretende. Mediante el asiento de presentación también se salva el inconveniente de que el Registrador no puede practicar la inscripción solicitada en el mismo momento de la presentación del título formal, pues, por aplicación del principio de legalidad, debe previamente calificar el título y apreciar la procedencia de su inscripción.

Con la finalidad de facilitar el control de los documentos presentados, el artículo 417 RH autoriza que en todos los registros se lleve un «libro-registro de entrada» en el que se practique asiento de todos los documentos que se reciban, cuando por su elevado número no pueda el registrador extender inmediatamente el asiento de presentación en el libro diario. La importancia de este asiento es limitada ya que no se presume exacto y la fecha relevante a efectos de la inscripción u otro asiento cuya práctica se pretenda no será la del asiento de entrada sino la del asiento de presentación.

El asiente de presentación tiene carácter provisional, está destinado a dejar constancia de la solicitud de inscripción y de la presentación del título formal, durante el tiempo fijado por la ley para que el registrador resuelva sobre la pretensión formulada. Por lo tanto, el asiento de presentación es un asiento preliminar o preparatorio del que en realidad se solicita, con el que mantiene cierta unidad, ya que la fecha del mismo será determinante para medir la prioridad del derecho, en el supuesto de que éste haya causado el asiento que se solicita.

El registrador puede denegar la práctica del asiento de presentación, con la devolución de los documentos, en los siguientes casos (art. 420 RH): *a*) cuando se presentaren documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales le atribuyan eficacia registral; *b*) cuando el título se refiera a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios, y *c*) cuando el título presentado, por su naturaleza, contenido o finalidad, no pueda provocar operación registral alguna.

Contra la denegación del registrador se podrá interponer recurso de queja al juez de Primera Instancia y, en su defecto, a la autoridad judicial de la localidad, quienes oyendo al registrador resolverán lo procedente (art. 416 RH).

En el asiento de presentación se deberán reflejar los datos y circunstancias a las que hace referencia el artículo 249 LH (desarrollado por el art. 423 RH):

«Los asientos del Diario se extenderán por el orden con que se presenten los títulos, sin dejar claros ni huecos entre ellos, se numerarán correlativamente en el acto de extenderlos, y expresarán necesariamente:

1.º El nombre y apellidos del que presenta el título
2.º La hora de su presentación
3.º La especie de título presentado, fecha y autoridad o notario que lo suscriba
4.º El derecho que se constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga por el título que se pretende inscribir.
5.º La naturaleza de la finca o derecho real objeto del título presentado, expresión de su situación y de su nombre y número, si lo tuviere.
6.º El nombre de la persona a cuyo favor se pretende hacer la inscripción o asiento de que se trate.
7.º La firma del Registrador en todo caso y la de la persona que presente el título».

El asiento de presentación tiene un plazo de vigencia de sesenta días (art. 17 LH), dentro de los cuales, el registrador debe practicar el asiento solicitado en los quince primeros días. No obstante este plazo puede prorrogarse en los supuestos previstos en el artículo 432 RH.

Durante la vigencia del asiento de presentación el presentante o los interesados podrán desistir, total o parcialmente, de su solicitud de inscripción (art. 433 RH) En el caso de ser total el desestimiento deberá hacerse en documento público, o privado con firmas legitimadas notarialmente. Si es parcial, se podrá hacer verbalmente.

Se podrá denegar tal desistimiento cuando del mismo se derive la imposibilidad de despachar otro documento presentado, salvo que la petición se refiera también a este último y se trate del mismo interesado, o siendo distinto, lo solicite también éste. También se denegará el desistimiento cuando, a juicio del registrador, perjudique a tercero.

Contra la resolución del registrador se podrá interponer recurso gubernativo. Cuando el desistimiento se refiera a documentos judiciales o administrativos, deberá ser decretado por la autoridad, funcionario y órgano que hubiese expedido el mandamiento o documento presentado. Aceptado el desistimiento, se cancelará el asiento o asientos de presentación afectados por el mismo, mediante una nota marginal. El asiento de presentación se cancela por medio de nota marginal.

3. LA CALIFICACIÓN

3.1. Concepto

Iniciado el procedimiento registral mediante la solicitud de inscripción y la presentación del título y extendido el asiento de presentación en el libro diario, la última fase del procedimiento es la calificación del registrador. Que ha sido

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

definida como la facultad de examinar, censurar, admitir o rechazar el título sujeto a inscripción, el acto por el cual el registrador examina los títulos inscribibles y decide sobre su admisión o no en el Registro (Morell y Terry).

La calificación es una consecuencia del principio de legalidad que informa nuestro sistema registral, que requiere que los títulos, en su significado material y formal, que acceden al Registro sean válidos, eficaces y susceptibles de publicidad registral.

Para Sanz Fernández la función de calificación le está atribuida al registrador con carácter exclusivo. Únicamente puede desempeñarse la función calificadora por registradores de la Propiedad y no por cualquiera, sino precisamente por el titular del Registro en el cual haya de practicarse la inscripción. La función del registrador como órgano de calificación es personalísima y, por tanto, debe actuar en ella por sí mismo y bajo su única y exclusiva responsabilidad.

La calificación se lleva a efecto en base de lo que resulte de los documentos presentados para su inscripción y de lo que conste en los asientos vigentes del Registro.

3.2. Régimen

La función calificadora del registrador de la propiedad, está regulada en nuestra LH por multitud de preceptos desperdigados, y como afirma Roca Sastre, con plena ausencia de un normal criterio sistematizador. Estos preceptos son principalmente, los artículos 18, 19, 65, 66, 99 a 102 y otros, de la LH y los artículos 98 al 136 y otros de su Reglamento.

3.3. Naturaleza jurídica

En la doctrinal se ha considerado que la función calificadora del registrador asume la naturaleza propia de los llamados actos de jurisdicción voluntaria (Res. 10 abril 1934).

La calificación tiene eficacia *erga omnes*, sin efecto de cosa juzgada, ya que los interesados podrán presentar una nueva solicitud sobre el mismo título. Tampoco impide el procedimiento que se pueda seguir ante los tribunales de justicia sobre cuestiones que afecten a la validez del título, ni prejuzga su resultado como establece el artículo 101 RH (Valpuesta).

3.4. Extensión

La extensión de la calificación registral aparece recogida en el artículo 18 LH: «Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos

dispositivos contenidos en las de las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

3.5. Plazo para calificar

No aparece señalado expresamente en la ley, sin embargo, nunca podrá ser superior al que el artículo 97 RH establece para que se practique la inscripción, que será dentro de los quince días siguientes al asiento de presentación, o treinta con justa causa.

La practicada después de transcurridos, tras los sesenta de vigencia del asiento, es válida sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria. Si transcurren los indicados plazos sin efectuar la inscripción, el interesado podrá acudir en queja al juez de 1.ª instancia, el cual si el registrador no justifica algún impedimento, podrá imponer a este la sanción correspondiente.

4. DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN

4.1. Denegación de la inscripción

Tras la calificación, el registrador puede acordar la práctica del asiento solicitado, la suspensión del mismo, por estimar que existe en el título presentado una falta subsanable, o su denegación, por falta insubsanable (art. 65 LH). En estos dos últimos supuestos se podrá interponer recurso gubernativo contra la calificación del registrador, además del que proceda ante los tribunales de justicia, por el defecto del título (art. 66 LH).

a) Práctica del asiento solicitado. Cuando el registrador estime la procedencia de la inscripción, devolverá al interesado los documentos presentados, con nota en la que se expresará el tipo de asiento practicado, con el número que le corresponde, si es una inscripción, o letra, si es una anotación preventiva; asimismo, reflejará el tomo, folio y número de la finca (art. 434.2 RH).

b) Suspensión de la inscripción por falta subsanable. En el caso de que estime que el título adolece de una falta subsanable, el registrador suspenderá la práctica del asiento solicitado y devolverá los documentos al presentante para su subsanación, con nota suficiente que indique la causa o motivo de la suspensión o denegación (art. 434 RH).

c) Denegación de la inscripción por falta insubsanable. Frente a la calificación registral de falta insubsanable, el interesado solo podrá interponer recurso gubernativo, que producirá la suspensión del asiento hasta su resolución. O demanda judicial sobre la validez del título, pudiendo en tal supuesto pedir anotación preventiva de dicha demanda.

d) Suspensión o denegación parcial. Si la suspensión o denegación afectare únicamente a algún pacto o estipulación, o a algunas de las fincas o

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

derechos comprendidos en el título, los interesados podrán mostrar su conformidad en que se prescinda de la parte afectada por la calificación (art. 434.4 RH). En caso contrario, deberán proceder conforme a los apartados anteriores, según la naturaleza de la falta.

4.2. Faltas subsanables e insubsanables

La legislación vigente prescinde de formular el concepto de cada una de las dos clases de faltas, en el artículo 65 LH se limita a mencionarlas sin definir lo que son: «para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en su consecuencia, la anotación preventiva».

La doctrina y la jurisprudencia registral han distinguido los siguientes tipos de faltas: atendiendo al título formal, se ha entendido que son faltas subsanables los meros defectos de redacción y contenido que no requieren la celebración de un nuevo acto; son insubsanables, por el contrario, los documentos privados, salvo los admitidos expresamente, y los que su subsanación exija que se realice de nuevo el acto al que se refieren, como sería el caso en el que se hubiese otorgado ante notario incompetente.

Respecto al título material, se califican de faltas subsanables los supuestos de anulabilidad, que pueden ser convalidados, y de faltas insubsanables, las que están provocadas por la nulidad radical o inexistencia del título.

En cuanto a los derechos, se ha estimado como insubsanable la naturaleza personal del mismo. Finalmente, desde un punto de vista registral, son insubsanables los obstáculos que para la inscripción se derivan del principio de tracto sucesivo, o de determinadas estipulaciones publicadas, como las prohibiciones de disponer que afectan al transmitente del derecho, cuya inscripción se pretende.

5. RECURSOS CONTRA LA DECISIÓN DEL REGISTRADOR

5.1. El recurso gubernativo

a) Órgano ante el que se interpone

El art. 66 LH dispone que: «Los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecho por el registrador, en el cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado». El objeto del mismo es hacer una reclamación contra la resolución del registrador. En la suspensión provisional también cabe la posibilidad acudir a este recurso, aunque no es lo habitual pues lo fácil es subsanarlo.

Están legitimados para la interposición del recurso gubernativo (art. 112 RH):

- La persona individual o jurídica cuyo favor se hubiere de practicar la inscripción, por quien tuviera interés conocido en asegurar los efectos de esta,

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

como transferente o por otro concepto y quien ostente la representación legal o voluntaria de unos u otros.
- El fiscal de la respectiva Audiencia, cuando se trate de suspensiones o negativas a inscribir documentos expedidos por las autoridades judiciales, en asuntos civiles o criminales en los que debe ser parte.
- El notario autorizante del título (declarado nulo por sentencia de 22 de mayo de 2000 por la Sala Tercera del TS).

La reclamación se interpone en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la nota de calificación contra la cual se recurra (art. 113 RH), por medio de escrito dirigido al presidente del Tribunal Superior de Justicia que corresponda a la demarcación del Registro. Este artículo ha sido declarado nulo por la STS 22 de mayo de 2000 (S. 3.ª): «El recurso gubernativo se promoverá dentro de plazo de cuatro meses, a contar de la fecha de la nota contra la cual se recurra, por medio de escrito dirigido al Presidente de la Audiencia Territorial respectiva, directamente o por conducto del juez de Primera Instancia del partido a que corresponda el Registro, en el que se expresarán sucintamente los hechos y fundamentos de derecho, se determinarán con claridad y precisión los extremos de la nota del Registrador que van a ser objeto de la reclamación, y se indicará la persona, con domicilio en territorio de la Audiencia, a quien deban notificarse las providencias que recaigan. Al escrito se acompañarán los documentos calificados por el Registro o testimonio bastante de los mismos».

b) Tramitación

El escrito se interpone ante el propio registrador, lo cual tiene la ventaja de permitir que este, o bien reforme su nota de calificación o bien emita un informe en defensa de la misma.

El presidente resolverá el recurso en el término de 30 días, mediante «auto». El plazo empieza a contar desde que hayan sido unidos al expediente los documentos en que hubiera de fundar su decisión (art. 119 RH). Este precepto ha sido declarado nulo por la STS (S. 3.ª) 22 de mayo de 2000, de modo que ha de estar a la redacción anterior del precepto: «Cuando sin entrar en el fondo del asunto se hubiese alegado por el Registrador la falta de personalidad del recurrente u otra causa que impida tramitar el recurso y el Presidente de la Audiencia no hubiere estimado la excepción, acordará que aquel funcionario emita dictamen sobre las cuestiones que hubieran motivado el recurso, fijándole al efecto un plazo que no exceda de 15 días. Si apreciare la falta de personalidad en el recurrente, limitará a este punto su resolución, cualesquiera que hubieran sido las peticiones formuladas en el expediente».

c) Recursos

Esta decisión será apelable excepto cuando el recurso gubernativo se ha fundado en el Derecho Civil propio de esa comunidad autónoma, ya que en ese caso el auto será firme.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

El auto presidencial pueden ser apelado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por los registradores y los que hubieren entablado el recurso (arts. 121 y 122 RH) (declarado nulo por sentencia de 22 de mayo de 2000 por la Sala Tercera del TS).

La decisión de la DGRN, denominada «Resolución de la DGRN», deberá dictarse en una plazo de tres meses y se publicará en el BOE (art. 123 RH) (declarado nulo por sentencia de 22 de mayo de 2000 por la Sala Tercera del TS. Su redacción anterior es la siguiente: «La resolución de la Dirección General se dictará en forma análoga a la determinada en el artículo 118, y se publicará en el Boletín Oficial del Estado, comunicándose al Presidente de la Audiencia el acuerdo recaído, con devolución del expediente para su archivo. El Presidente devolverá al Registro los documentos calificados. Si en los informes o acuerdos definitivos se alegaren o discutieren hechos que afecten al honor privado, la Dirección General adoptará las medidas acostumbradas para que no se divulguen, y si al resolver el recurso se hiciera alguna advertencia a los funcionarios que en él hubieren intervenido, se omitirá su expresión empleando la frase «y lo demás acordado»).

Si la Resolución declarase insubsanable el defecto, el registrador deberá cancelar las anotaciones o notas marginales previas extendidas, y hará constar mediante nota marginal al lado del asiento de presentación (art. 126 RH).

Si la Resolución declara subsanable el defecto, podrá ser subsanado dentro de los quince días siguientes a la recepción de aquella en el Registro.

Se resuelve que se practique la inscripción con la fecha del asiento de presentación.

5.2. El recurso judicial contra la calificación

En el artículo 66 LH además de conceder a los particulares el recurso gubernativo contra la decisión del registrador también les permite acudir, si quieren, a los tribunales de Justicia para solventar todas las cuestiones que afecten a la validez y eficacia de los títulos.

El recurso judicial, a diferencia del gubernativo, solo pueden promoverlo los interesados, pero no el notario.

Se tramita conforme al procedimiento declarativo que corresponde. La posibilidad de acudir a la vía judicial es compatible con el recurso gubernativo, ya que ambos pueden interponerse al mismo tiempo. Pero en el supuesto de que se dicte por un lado la Resolución de la DGRN, y por otro la sentencia del juez; esta última es la que prevalece.

La interposición de la demanda judicial no suspende la vigencia del asiento de presentación. Para preservar la prioridad registral, se deberá solicitar anotación preventiva de la demanda, que retrotraerá su fecha a la del asiento de presentación.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Tema 12. Inmatriculación

1. Concepto de inmatriculación

La doctrina mantiene diferentes puntos de vista respecto de los conceptos de inmatriculación y de primera inscripción.

a) Inmatriculación como acceso de la finca al Registro por primera vez

La inmatriculación o intabulación de finca en el Registro es «el ingreso o acceso de una finca en la vida registral de los libros del Registro, efectuado por una primera inscripción del dominio de la misma a favor del inmatriculante mediante la presentación de los títulos o medios inmatriculadores legalmente admitidos, por la cual se abre folio, hoja o registro particular a la finca correspondiente a los efectos jurídicos procedentes» (Roca Sastre).

En sentido estricto, solo será inmatriculación la apertura de un folio registral, con la inscripción de dominio provocada por el ingreso de una finca en el Registro, siempre que ni en todo ni en parte proceda de otra inscrita con anterioridad (Díaz Gonzalez).

Así pues, la inmatriculación registral es el acto solemne de ingreso por primera vez de una finca en el régimen del Registro de la Propiedad. El término primera inscripción es más amplio que el de inmatriculación, porque en los supuestos de agregación, segregación o división de fincas hay primera inscripción (la que encabeza el folio registral) pero no inmatriculación (Roca-Sastre).

b) Inmatriculación como sinónimo de ingreso de una finca en el Registro en sentido registral

Esta es la postura mantenida por Lacruz, según el cual la inmatriculación es el ingreso de una finca en el Registro, pero de una finca en sentido registral de la palabra. Por eso, y en contra de lo que mantiene Roca Sastre, cree dicho autor que en los supuestos de agrupación, segregación y división de fincas, también se da verdadera y propia inmatriculación, puesto que se crean registralmente nuevas fincas, con el correspondiente nuevo folio registral y nuevo número.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Para Lacruz, la cuestión se resuelve diferenciando entre el sentido ordinal o registral de la primera inscripción:

1) Primera inscripción en sentido ordinal: se trata del primer asiento de inscripción que se practica en el folio registral destinado a una finca. En nuestro sistema registral esta primera inscripción es de dominio. Así lo preceptúa la LH en su artículo 7: «La primera inscripción de cada finca en el Registro de la propiedad será de dominio».
   Cabe la posibilidad de que provisionalmente se abra folio registral mediante una anotación preventiva; en aquellos supuestos en que el documento que se tiene en cuenta para la inmatriculación contenga algún defecto subsanable; aquí la anotación preventiva será el primer asiento. Si el defecto no es subsanado el asiento caducará, en tanto que si es subsanado dentro del plazo legal de vigencia de la anotación, se convertirá en asiento de inscripción.
2) Primera inscripción en sentido registral: es el asiento que carece de soporte causal en otro anterior; es decir, que es el supuesto en que una finca ingresa por primera vez en el Registro. Para Roca-Sastre, esta es la verdadera inmatriculación.
   En la mayoría de los supuestos coincide la inmatriculación con una primera inscripción que, además de serlo en sentido ordinal lo es registralmente. En esta inscripción se dispensa del tracto sucesivo. El artículo 205 LH recoge esta posibilidad de poder inscribirse sin que se necesite una previa inscripción (Lacruz y Sancho).

Poniendo en relación los mencionados conceptos de primera inscripción en sentido ordinal y registral, pueden darse las siguientes situaciones:

a) Inmatriculación que es primera inscripción ordinal, pero no registral, en supuestos como el de *agrupación, segregación y división*, se realiza a través de una primera inscripción ordinal que no lo es en sentido registral puesto que tiene su razón causal en el último asiento de la finca de procedencia, existiendo por tanto tracto sucesivo.
b) Inmatriculación que suponga primera inscripción ordinal y primera inscripción registral: por vez primera se abre folio registral de una finca en el registro, inscribiéndose el dominio y sin que dicha inscripción traiga causa de otra anterior ya inscrita en el Registro. Sería el caso de la inscripción de concesiones que es el único supuesto de inmatriculación originaria.
c) Primera inscripción registral, que no lo sea ordinalmente, y consecuentemente tampoco tenga carácter inmatriculador: es el supuesto de la inscripción del dominio útil de una finca cuando ya está inscrito el directo o viceversa (art. 377 RH).

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

2. LOS MEDIOS DE INMATRICULACIÓN

Son los medios a través de los cuales las fincas tienen acceso al Registro de la Propiedad, lográndose la inmatriculación y la primera inscripción que ha de ser siempre de dominio (art. 7 LH): «La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el título VI de esta Ley. El titular de cualquier derecho real impuesto sobre finca cuyo dueño no hubiere inscrito su dominio, podrá solicitar la inscripción de su derecho con sujeción a las normas prescritas en el Reglamento».

Puede ocurrir, sin embargo, que la inmatriculación no coincida con la primera inscripción de la finca, cuando lo que se pretenda reflejar en el Registro sea un exceso de cabida.

Los distintos procedimientos inmatriculadores, del título VI de la LH, hasta la reforma efectuada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria estaban enumerados en el artículo 199, que establecía: «La inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará:

a) Mediante expediente de dominio.
b) Mediante el título público de su adquisición, complementado por acta de notoriedad cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante.
c) Mediante el certificado a que se refiere el art. 206, solo en los casos que en el mismo se indican».

La claridad expositiva de este precepto no ha sido recogida en ninguno de los nuevos preceptos relativos a la inmatriculación. El nuevo artículo 198 LH se limita a decir que «La concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral se podrá llevar a efecto mediante alguno de los siguientes procedimientos: 5.º la inmatriculación de fincas que no esté inscritas a favor de persona alguna». Pero, sin embargo, luego no se especifica cuáles son los medios de inmatriculación. De manera que hay que buscarlos dentro de una serie de nuevos preceptos que dejan mucho que desear en cuanto a claridad expositiva.

2.1. El expediente de dominio

a) Concepto

Es el primer medio inmatriculador recogido en el antiguo artículo 199 LH; ahora se encuentra regulado en el nuevo artículo 203 LH. Hasta el año 2015 se trataba de un procedimiento judicial asimilado a los de jurisdicción voluntaria, que tenía por objeto inmediato la declaración judicial de haberse acreditado la adquisición del dominio de una finca (cuando se dirija a inmatricular o reanudar

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

un tracto sucesivo) o del exceso de cabida (cuando de registrar dicho exceso de cabida se trate) por parte de la persona que lo promueve. Se trataba, por tanto, de una *auténtica declaración sumaria de propiedad*; si bien como sucede en los casos de resoluciones adoptadas en juicios sumarios, no producía el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, posteriormente podía interponerse un juicio declarativo sobre aquella misma declaración de propiedad.

Tras la reforma de 2015 se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria tramitado ante notario competente en el que radique la finca a inmatricular. El titular dominical solicita la inscripción de la finca que no lo está a favor de nadie. En el procedimiento el solicitante tendrá que aportar toda una serie de documentos para justificar su titularidad dominical, entre ellos el título de propiedad de la finca que se pretende inmatricular «junto con certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela o parcelas catastrales, que se correspondan con la descripción literaria y la delimitación gráfica de la finca cuya inmatriculación se solicita, con expresión de los titulares catastrales de dichas parcelas y sus colindantes, así como sus respectivos domicilios» (art. 203.1. Regla segunda).

Cualquier interesado puede presentar alegaciones a la solicitud del promotor, y aportar pruebas escritas de su derecho. En caso de oposición el notario dará por concluido el expediente, dando cuenta al registrador. En este caso el promotor podrá entablar demanda ante la jurisdicción ordinaria (Díez-Picazo y Gullón).

El notario, en caso de no existir oposición, levantará acta a la que incorporará la documentación presentada, remitiendo copia de la misma al registrador de la Propiedad competente solicitando la expedición de certificación acreditativa de que la finca no consta inscrita en el Registro y que, en su caso, practique anotación preventiva de la pretensión de inmatriculación.

El registrador, tras consultar su archivo, tanto literario como de representación gráfica en soporte papel o informático, expedirá en el plazo de quince días certificación acreditativa de la falta de inscripción de la finca. Y en su caso podrá (o no) practicar el asiento de inmatriculación. En caso negativo el promotor podrá interponer los recursos contra la calificación negativa (Díez-Picazo y Gullón).

2.2. El título público de adquisición

Este ha sido el medio más generalizado de inmatriculación de fincas no inscritas. Aparecía mencionado en el antiguo artículo 199.b LH junto con los otros medios de inmatriculación. Ahora se encuentra regulado en el nuevo artículo 205 LH.

Este medio inmatriculador había sido discutido por la doctrina tanto las numerosas ventajas e inconvenientes que planteaba por la redacción del anterior artículo 205 LH (Lacruz y Sancho). La finalidad de este procedimiento no fue otra que la de incentivar la inmatriculación de fincas, de ahí que los requisitos exigidos en el anterior artículo 205 LH eran con mucho, menos rigurosos que los exigidos para el expediente de dominio. La vía del artículo 205 LH presentaba el riesgo de que mediante este procedimiento podían acceder al Registro de

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

la Propiedad fincas o derechos de cuya existencia no se tenía la certeza o que se pretendieran legitimar usurpaciones de fincas.

El nuevo artículo 205 LH establece:

> Serán inscribibles, sin necesidad de la previa inscripción y siempre que no estuvieren inscritos los mismos derechos a favor de otra persona, los títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público, siempre que exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del Registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto.
>
> El Registrador deberá verificar la falta de previa inscripción de la finca a favor de persona alguna y no habrá de tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas.

Los requisitos para el procedimiento inmatriculador ex artículo 205 LH son (Díez-Picazo y Gullón):

a) Que los títulos públicos han de ser traslativos y no meramente declarativos de la propiedad.

b) Que ha de existir un año de diferencia entre el título que se inscribe y el título previo o anterior.

c) Que ha de haber una identidad descriptiva de la finca entre ambos títulos citados. También entre el título que se inmatricula y la certificación catastral.

2.3. Certificado de dominio

E1 artículo 206 LH, también reformado por la Ley 13/2015, establece que:

> Las Administraciones Públicas y las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de aquéllas podrán inmatricular los bienes de su titularidad, mediante la aportación de su título escrito de dominio, cuando dispongan de él, junto con certificación administrativa librada, previo informe favorable de sus servicios jurídicos, por el funcionario a cuyo cargo se encuentre la administración de los mismos, acreditativa del acto, negocio o modo de su adquisición y fecha del acuerdo del órgano competente para su inclusión en el inventario correspondiente o, caso de no existir, fecha del acuerdo de aprobación de la última actualización del inventario de la que resulte la inclusión del inmueble objeto de la certificación con indicación de la referencia o indicador que tenga asignado en el mismo, así como de su descripción, naturaleza patrimonial o demanial y su destino en el primer caso o su eventual afectación, adscripción o reserva, en el segundo.
>
> Asimismo, las entidades referidas deberán aportar certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela o parcelas catastrales, que se corresponda con la descripción literaria y la delimitación geográfica de la finca cuya inmatriculación se solicita en la forma establecida en la letra *b*) del artículo 9. Solo en caso de que la finca careciese de

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

> certificación catastral descriptiva y gráfica, podrá aportarse una representación gráfica georreferenciada alternativa, la cual deberá corresponderse con la descripción literaria realizada y respetar la delimitación de los colindantes catastrales y registrales. A la representación gráfica alternativa deberá acompañarse informe del Catastro.

El registrador, comprobada la falta previa de inmatriculación total o parcial del inmueble. En caso afirmativo admitirá la inmatriculación solicitada y en el contrario la denegará. Una vez practicada la inmatriculación, el registrador expedirá el edicto mencionado en el artículo 203.1 LH.

Es de notar que la nueva reforma de este precepto ha suprimido la posibilidad de que se inmatriculen por esta vía los títulos emitidos por la Iglesia católica que tanto rechazo y polémica han generado en los últimos años.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

BIBLIOGRAFIA

Derechos reales

Albácar López, José Luis. 1991. *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo V. Madrid: Editorial Trivium, pág. 385 y ss.

Albaladejo García, Manuel. 2016. *Derecho civil. T. III. Derecho de bienes.* Madrid: Edisofer.

Arco Torres, Miguel Ángel del y Manuel Pons González. 2007. *Régimen jurídico de la propiedad horizontal.* Comares. Granada.

Alonso Pérez, Mariano. 1983. «Las relaciones de vecindad», *ADC* 36: 357 y ss.

—. 1986. «Meditaciones sobre la esencia y funciones de la posesión». *La Ley* 1.544.

Álvarez Caperochipi, José Antonio. 1986. *Curso de derechos reales: 1. Propiedad y posesión.* Madrid: Civitas.

Amorós Guardiola, Manuel. 1965. «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente». *ADC*, págs. 953 y ss.

Atienza Navarro, María Luisa. 2015. «2. La dinámica de los derechos reales (I). La adquisición y transmisión de los derechos reales». En *Derecho civil III. Derechos reales*, coords. José R. de Verda y Beamonte y Adela Serra Rodríguez. 4.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 43-68.

—. 2015. «3. La dinámica de los derechos reales (II). La modificación de los derechos reales. Extinción». En *Derecho civil III. Derechos reales*, coords. José R. de Verda y Beamonte y Adela Serra Rodríguez. 4.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 69-89.

AA. VV. 2015. *Derecho civil III. Derechos reales*, coords. José R. de Verda y Beamonte y Adela Serra Rodríguez. 4.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ballarín Marcial, Alberto. 1985. «Derecho agrario». *Revista de Derecho Privado* 1.

Batlle Vázquez, Manuel. 1950. «La Anticresis». En *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, *tomo II*. Barcelona: Seix, págs. 697 y ss.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. 2015. *La nueva Ley de Patentes. Ley 24/2015, de 24 de julio.* Pamplona: Aranzadi.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. 2007. «La guerra del P2P». *Aranzadi civil* 3: 2566-2568.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo et al. 2017.*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 4.ª edición. Madrid: Tecnos.

Blasco Gascó, Francisco de Paula. 2004. *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

—. 2014. *Instituciones de Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho Registral Inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

—. 2015. «1. El derecho real». En *Derecho Civil III. Derechos reales*, coords. José R. de Verda y Beamonte y Adela Serra Rodríguez. 4.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 21-41.

Buen, Demófilo de. 1933. *Derecho Civil Español Común*, vol. 1. Madrid: Ed. Reus.

Cano Tello, Celestino, 1992, *Manual de Derecho Hipotecario*. Madrid: Civitas.

Capilla Roncero, Francisco. 2015. *Introducción al Derecho patrimonial privado.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Castán Tobeñas, José. 1994. *Derecho civil español, común y foral*, tomo II (Derecho de cosas), vols. 1 y 2. Madrid: Reus Editorial.

Chico Ortiz, José María. 1985. «La propiedad y el Registro de la Propiedad». *RCDI* 566: 9-28.

—. 1981. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II. Madrid: Marcial Pons.

Clavería Gosálbez, Luis Humberto. 1991. «Comentarios de los arts. 333 a 347 del Código civil». En *Comentario del Código Civil*, t. I. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 921-950.

Clemente de Diego, Felipe. 1941. *Instituciones de Derecho Civil Español, tomo I: Introducción. Parte General. Propiedad. Derechos Reales*. Madrid: Ed. Victoriano Suárez.

Clemente Meoro, Mario Enrique. 2001. «El usufructo (I): Concepto, estructura y contenido». En *Derecho civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coord. Mario E. Clemente Meoro. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 311-329.

Coca Payeras, Miguel. 1991. «Comentarios de los arts. 430 a 446 del Código civil». En *Comentario del Código civil*, t. I. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 1160-1201.

Colina Garea, Rafael. 1997. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

—. 2009. «Las nuevas calificaciones técnicas de la propiedad como posición jurídica intersubjetiva». *Revista de derecho agrario y alimentario* 25(54): 55-70.

—. 2010. «Sentencia de 16 de julio de 2009, Propiedad horizontal. Elementos comunes: obras y alteraciones: consentimiento tácito». *CCJC* 83: 985-1015.

Cristóbal Montes, Ángel. 1980. *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo.* Madrid: Civitas.

Cuesta Sanz, José María. 1985. *La acción publiciana.* Madrid: Montecorvo.

Cutillas Torns, José María. 1986. «Reflexiones sobre el concepto de finca rústica». *La Ley* 1: 1212-1216.

Díez-Picazo, Luis. 2014. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. VI. Madrid: Civitas.

Díez-Picazo, Luís y Antonio Gullón. 2016. *Sistema de derecho civil. Volumen III (tomo 2). Derechos reales en particular*. 9.ª edición. Madrid: Tecnos.

—. 2016. *Sistema de derecho civil. Volumen III (tomo 1). Derechos reales en general*. 9.ª edición. Madrid: Tecnos.

—. 2016. *Sistema de derecho civil. Volumen III (tomo 2). Derechos reales en general*. 9.ª edición. Madrid: Tecnos.

—. 2016. *Sistema de derecho civil. Volumen III (tomo 3). Derechos reales en general*. 9.ª edición. Madrid: Tecnos.
Doral García de Pazos, José Antonio. 1992. «Comentario al art. 482 Cc». En *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirs. Manuel Albadalejo García y Silvia Díaz Alabart, t. VII, vol. 1. Madrid: Edersa.
Espílez Murciano, Felipe. 2013. «Guía jurídica de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico». Editorial Bosch, artículos doctrinales de Noticias Jurídicas y Law Center Social. http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4847-guia-juridica-contratos-de-aprovechamiento-por-turno-de-bienes-de-uso-turistico/.
Estruch Estruch, Jesús y Rafael Antonio Verdera Server. 2000. *La junta de propietarios: constitución, acuerdos e impugnación.* Pamplona: Editorial Aranzadi.
—. 2000. *Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de propiedad horizontal*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
Feliu Rey, Manuel. 1995. *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía.* Madrid: Civitas.
Fuentes Lojo, Juan Vicente. 1989. *Suma de la propiedad por apartamentos,* 4 vols. Barcelona: Bosch.
García Amigo, Manuel. 1974. «Condominio *pro diviso* o propiedad separada». *RDP* 58 (3): 175-201.
—. 1976. «Los derechos reales de adquisición». *RDP* 60 (2): 99-130.
García Garnica, María del Carmen. 2011. «La hipoteca inversa: un instrumento financiero para contribuir al sostenimiento económico de las personas dependientes». *Revista Aranzadi Doctrinal* 4, parte Estudio.
García Valdecasas, José Guillermo. 1954. «La doble naturaleza de la posesión». *ADC* 7(2): 309-318.
Gómez Fontanills, Daniel y Ana Noguerol. 2012. *Propiedad intelectual:* http://www.eoi.es/wiki/index.php/Propiedad_intelectual.
González Carrasco, María del Carmen. 2012. «El nuevo régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico». *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 3. http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/115.
Guilarte Zapatero, Vicente. 1976. *El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi.
Gullón Ballesteros, Antonio. 1965. «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia». *ADC* 18(2): 365-392.
Hernández Gil, Antonio. 1980. *La posesión.* Madrid: Civitas.
Ihering, Rudolph von. 2004. *La teoría de la posesión.* Madrid: Ed. Reus.
Jordano Barea, Juan Bautista. 1986. «Una relección sobre la posesión». *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XXXIX, fascículo IV, octubre-diciembre.
Lacruz Berdejo, José Luis y otros. 2008: *Elementos de derecho civil*. T. III, vol. 1. Derechos Reales. Posesión y Propiedad. Madrid: Dykinson.
—. 2009. *Elementos de derecho civil*. T. III, vol. 2. *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*. Madrid: Dykinson.
Lalaguna Domínguez, Enrique. 1988. *Temas de derecho civil: propiedad y posesión.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Lasarte, Carlos. 2018. *Curso de derecho civil patrimonial: introducción al Derecho.* 24.ª edición. Madrid: Tecnos.
—. 2018. *Compendio de Derechos Reales. Derechos Reales e Hipotecario.* 7.ª edición. Madrid: Marcial Pons.
Latour Brotons, Juan. 1966. «La construcción extralimitada». *RDP*, pág. 261 y ss.
López Alarcón, Mariano. 1960. *El derecho de preferencia.* Murcia: Universidad de Murcia.
López Beltrán de Heredia, Carmen. 1994. «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de la posesión». En *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* Ángel M. López y López y Vicente Montés Penadés. Valencia: Tirant lo Blanch, pág.165 y ss.
López y López, Angel Manuel, Asunción Marín Velarde y Ángela Fernández Arévalo. 2014. *Lecciones de Derecho Civil Derechos Reales e Hipotecario*. 2.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
López Vilas, Ramón. 1991. «Comentarios de los arts. 353 a 374 del Código civil». En *Comentario del Código civil*, t. I. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 991-1036 .
Luna Serrano, Ángel. 1991. «Comentario del art. 1940 y siguientes». En *Comentario del Código civil*, t. II. Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 2095 y ss.
Manresa y Navarro, José María. 1972. *Comentarios al Código Civil español*, t. XI. 9.ª edición revisada por Bloch. Madrid: Ed. Reus.
Messineo, Francesco. 1957. *Manual de derecho civil y comercial*, traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo, t. II. Buenos Aires: EJEA, págs. 25-27.
Miquel González, José María. 1979. *La posesión de bienes muebles.* Madrid: Montecorvo.
Montés Penadés, Vicente. 1972. «La propiedad horizontal como colectividad organizada». *ADC* 25(3): 853-922.
—. 1980. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo.* Madrid: Civitas.
—. 1991. «Comentario del art. 348». En *Comentario del Código civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, t. I, pág. 951 y ss.
—. 2008. *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*. Madrid: *CGPJ.*
Morales Moreno, Antonio Manuel. 1980. «El alcance protector de las acciones edilicias». *ADC* 33 (3): 585-686.
—. 1971. «La inscripción y el justo título de la usucapión». *ADC* 24(4): 1123-1142.
—. 1972. *Posesión y usucapión.* Madrid: CSIC.
Morell y Terry, José. 1917. *Comentarios a la legislación hipotecaria.* Barcelona: Librería de Agustín Bosch.
Moreu Ballonga, José Luis. 1980. *Ocupación, hallazgo y tesoro.* Barcelona: Bosch.
Mozos, José Luis de los. 1981. *Estudios de Derecho agrario.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid.
Navarro Costa, Ruth. 2013. «Algunas cuestiones sobre propiedad intelectual, bibliotecas e Internet». En *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor*

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Joaquín José Rams Albesa, coords. Matilde Cuena Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech. Madrid: Dykinson, pp. 963-968.
Núñez Lagos, Rafael. 1949. «El Registro de la Propiedad español». *RCDI* 251: 239-240.
O'Callaghan Muñoz, Xavier. 2016. *Compendio de Derecho civil, tomo III. Derechos reales e hipotecario*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
—. 1991. «Comentario al art. 1.608 CC». En *Comentario del Código* Civil, AA. VV., vol. 2.º. Madrid: Ministerio de Justicia.
Ossorio Serrano, Juan Miguel. 1982. «La usucapión liberatoria». *RDP* 66 (1): 339-364.
Pablo Contreras, Pedro de, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz y Miguel Ángel Pérez Álvarez. 2016. *Curso de Derecho civil III. Derechos reales*, coord. Pedro de Pablo Contreras. 4.ª edición. Fuenlabrada (Madrid): Edisofer.
Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. 1981. *Derechos reales: Teoría general, propiedad, posesión y derechos reales limitados*.
Pérez Álvarez, María Pilar. 2006. «La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo». *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 14: 201-248.
Plaza Penadés, Javier. 2001. «Derechos de autor y obra colectiva: Comentario a la STS de 11 julio 2000 (RJ 2000/4669)», Revista Aranzadi de derecho patrimonial, ISSN 1139-7179, n.º 7: 393-400.
—. 2004. «Propiedad intelectual y sociedad de la información (La Directiva comunitaria 2001/29/CE)». *Cuadernos de derecho judicial* 20: 117-180.
—. 2006. *Propiedad intelectual y sociedad de la información: (tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y reponsabilidad civil en la Red)*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
—. 2012. «Situación actual del régimen de compensación equitativa por copia privada en España». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías* 29: 13-15.
—. 2013. «La conveniente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en investigación y materiales docentes en Open Acces». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías* 31: 13-15.
—. 2013. «Caso Oracle de venta "online" de licencias de ordenador y la revisión de la doctrina del agotamiento de los derechos de autor». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías* 32: 15-22.
—. 2014. «Doctrina del Tribunal Supremo sobre el "conocimiento efectivo" en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, ISSN 1696-0351, n.º 34: 15-19.
Prats Albentosa, Lorenzo. 2001. «La propiedad horizontal» en *Derecho civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coord. Mario E. Clemente Meoro. Valencia: Tirant lo Blanch.
Puig Brutau, José. 1979. *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, vol. 2. Barcelona: Bosch, pág. 74.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

—. 1984. *Diccionario de Acciones en Derecho civil español.* Barcelona: Bosch, pág. 6.
Puig Peña, Federico. 1976. *Compendio de Derecho Civil Español, t. II. Derechos reales*. Madrid: Pirámide.
Rebolledo Varela, Ángel Luis. 1991: «Comentarios de los arts. 581 a 589 del Código civil». En *Comentario del Código civil*, t. I. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 1479-1492.
Roca i Trias, Encarna *et alt.* 2001. *Derecho civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral.* Valencia: Tirant lo Blanch.
Saldaña Hernández, Miguel Ángel. 2004. «El juicio especial de retracto: art. 249.1, 1-7 de la LEC 1/2000». *Noticias jurídicas*, diciembre 2004. http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho-Procesal-Civil/200412-28559251010443290.html.
Savigny, Friedrich Carl von. 1845. *Tratado de la posesión según los principios del Derecho Romano* (reimpresión Comares 2005).
Serra Rodrígez, Adela. 2015. «17. La hipoteca inmobiliaria (I)». En *Derecho civil III. Derechos reales*, coords. José R. de Verda y Beamonte y Adela Serra Rodríguez. 4.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 355-380.
—. 2015. «18. La hipoteca inmobiliaria (II). La anticresis». En *Derecho civil III. Derechos reales*, coords. José R. de Verda y Beamonte y Adela Serra Rodríguez. 4.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 381-397.
Serrando Gómez, Eduardo. 2006. «La copia privada en la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual», *Diario La Ley*, núm. 6493/2006 parte Doctrina, La Ley - Actualidad, Las Rozas.
Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans. 1963. *Panorama del Derecho civil*. Barcelona: Bosch.
Valpuesta Fernández, Rosario. 2005. «*Publicidad registral, seguridad del mercado y estado social». Anuario de Derecho Civil 2005* 4: 1509-1574.
Verda y Beamonte, José Ramón de. 2015. «12. El derecho de usufructo». En *Derecho civil III. Derechos reales*, coords. José R. de Verda y Beamonte y Adela Serra Rodríguez. 4.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 261-281.
—. 2015. «13. Servidumbres». En *Derecho civil III. Derechos reales*, coords. José R. de Verda y Beamonte y Adela Serra Rodríguez. 4.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 281-301.
Verdera Server, Rafael. 1999. *La hipoteca a favor de dos o más acreedores: (cotitularidad crediticia y garantía hipotecaria)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
—. 1999. «Pluralidad de créditos y garantía hipotecaria única: Comentario a la RDGRN de 28 julio 1998 (RJ 1998, 5984)». *Revista Aranzadi de derecho patrimonial* 2: 495-504.
—. 2000. «Obligaciones hipotecarias sobre pluralidad de fincas». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* 52: 107-132.
—. 2002. «La cancelación de la hipoteca de constitución unilateral». *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año n.º 78, 670: 509-556.
—. 2010. *Derechos Reales e Inmobiliario Registral I*. Pamplona: Aranzadi.
—. 2010. «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial». *Revista Aranzadi de derecho patrimonial* 25: 81-106.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

—. 2011. «Algunas reflexiones acerca de la adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial». En *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coord. Francisco de Paula Blasco Gascó, vol. 2, t. II. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 2763-2780.

Derecho inmobiliario registral

Álvarez Caperochipi, José Antonio. 2006. *Derecho inmobiliario registral*. Granada: Comares.

Amorós Guardiola, Manuel. 1967. *Sobre el Derecho inmobiliario registral y su posible autonomía.* Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios.

—. 2003. *Jurisprudencia Registral 1997-2001*. Madrid: Tecnos.

Buen, Demófilo de. 1933. *Derecho civil español común.* Vol. 1. Madrid: Reus.

Camy Sánchez-Cañete, Buenaventura. 1984. *Comentarios a la legislación hipotecaria.* 7 vols., 2.ª edición. Pamplona: Aranzadi.

Chico Ortiz, José María. 1982. *Estudios sobre Derecho hipotecario*, 2 vols. Madrid: Marcial Pons.

Cossío y Corral, Alfonso de. 1986. *Instituciones de Derecho hipotecario,* 2.ª edición. Barcelona: Bosch Casa Editorial.

García García, Ignacio. 1987. «El principio registral de especialidad en relación con un garaje formado por locales subterráneos de varias fincas colindantes». *La Ley,* tomo IV, pág. 1043 y ss.

García García, José Manuel. 2019. *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Tomo I y II. Jurisprudencia y comentarios.* 2 vols. Madrid: Civitas.

González García, Jesús y Juan Carlos Casas Rojo. 2012. *Jurisprudencia Registral VI (2005-2006)*, 4 vols. Madrid: Tecnos.

González Pérez, Jesús. 1948. «Los principios hipotecarios». *Estudios, tomo* 1.

Hernández Gil, Francisco. 1983. *Introducción al Derecho hipotecario.* 3.ª edición.

Lacruz Berdejo, José Luis y otros. 2003: *Elementos de derecho civil, tomo III. bis. Derecho Inmobiliariao Registral*. Madrid: Dykinson.

—. 1979. «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador». *RCDI* 530: 75 y ss.

Núñez Lagos, Rafael. 1958. «Fe pública registral». *RCDI*, pág. 35 y ss.

Pau Pedrón, Antonio. 2003. *Elementos de Derecho hipotecario.* Madrid: Publicaciones Universidad Pontifica de Comillas.

Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. 1999. *Derechos reales: Derecho hipotecario.* 3.ª edición. Madrid: Thomson.

Roca Sastre, Ramón M.ª y Luis Roca-Sastre Muncunill. 1998. *Derecho hipotecario, tomos I a IX.* Barcelona: Bosch.

Sanz Fernández, Ángel. 1953. *Instituciones de Derecho Hipotecario, t. II*. Madrid: Instituto Reus, pág. 149.

Ruiz Piñeiro, Fernando Luis. 2013. *La revisión judicial de la calificación registral.* Madrid: La Ley.

ISBN: 978-84-17900-52-6 DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164

Sánchez Calero, Francisco Javier y Blanca Sánchez Calero Arribas. 2017. *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. 5.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Villaplana García, Constancio. 2014. *Fichero registral inmobiliario. Jurisprudencia y doctrina 1975-30/4/2014.* Valencia: Tirant lo Blanch.

ISBN: 978-84-17900-52-6
DOI: http://dx.doi.org/10.6035/Sapientia164